This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 228 508

Digitized by Google

4.50

D

HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 29 1929

Digitized by Google

GERMANY

Digitized by Google

Digitized by Google

Der

Gerichtsstand der Vereinbarung

in

historischer und dogmatischer Darstellung.

Von der

Juristenfakultät München gekrönte Preisschrift

von

Dr. Carl Deybeck.

Erlangen.
Verlag von Andreas Deichert.
1888.

Digitized by Google
GER 9.11 D.

NOV 29 1929

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Digitized by Google

Zur Ausarbeitung nachstehender Abhandlung veranlaßte mich die von der juristischen Fakultät der Universität München im Sommer 1886 gestellte Preisaufgabe.

Nach teilweiser Umarbeitung, wie sie mir die hohe Fakultät auferlegte, erscheint meine Abhandlung bei Gelegenheit meiner Promotion im Druck. Möge die Schrift beitragen zur Lösung wichtiger, in der Litteratur des Reichszivilprozeßrechtes vielerörter Fragen, möge sie in dem weiten Kreis der Öffentlichkeit, den die Erstlingsarbeit nunmehr betritt, ebenso wohlwollend von der Kritik beurteilt werden, wie einst von meinen verehrten Lehrern.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

I. Teil. Die Konsensprorogation.

I. Capitel. Deren Zulässigkeit.

§ 1. Römisches Recht 1

§ 2. Kanonisches und gemeines Recht 5

§ 3. Die neuern Gesetzgebungen 12

§ 4. Das geltende Recht 16

§ 5. Fortsetzung 24

II. Capitel. Die Entwicklung des Prorogationsvertrages 31

III. Einfluß der Parteivereinbarung als Zuständigkeitsgrund auf die Kompetenzordnung; ihr Verhältnis zu den übrigen Kompetenzgründen.

§ 1. Rechtliche Bedeutung der Zuständigkeit in den prorogierbaren Fällen 43

§ 2. Verhältnis des Kompetenzvertrages zu den übrigen Zuständigkeitsgründen 52

§ 3. Geltendes Recht 62

IV. Capitel. Der Prorogationsvertrag als Rechtsgeschäft.

§ 1. Seine wesentlichen Bestandteile 71

§ 2. Form des Vertrages 79

§ 3. Personen und Gegenstand des Vertrages 83

V. Capitel. Aufhebung des forum prorogatum . . . 89

II. Teil. Die Präklusionsnorm und die prozessuale Prorogation.

Einleitung 98

§ 1. Römisches Recht 100

§ 2. Entwicklung die Lehre im kanonischen und gemeinen Rechte 104

Digitized by Google

Seite

§ 3. Die neueren Gesetzgebungen 115
§ 4. Die Präklusionsvorschrift der C.-P.-O. 127
§ 5. Unzulässigkeit der erweiternden Auslegung des § 39 138
§ 6. § 39 eine Kompetenznorm 156
§ 7. Beschränkung dieser Kompetenznorm 168

III. Teil. Die Kompetenzprüfung insbesondere im Versäumnisfall.

Einleitung 181
§ 1. Die prozessuale Behandlung der Zuständigkeitsfrage im römischen Rechte 185
§ 2. Behandlung der Frage im gemeinen Recht 190
§ 3. Zuständigkeitsprüfung nach den neueren Gesetzgebungen 197
§ 4. Zuständigkeitsprüfung im geltenden Recht 203
§ 5. Theorie der Offizialprüfung 210
§ 6. Verteidigung der herrschenden Lehre 219
§ 7. Schluß 226

Abkürzungen.

Mit „Ztschr." ist die Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, herausgegeben von Busch und Bierhaus, mit „Reatz" dessen „Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung", Gießen 1859, bezeichnet.

Druckfehler.

S. 7, Z. 20 lies: „Patrimonialgerichtsordnung" statt „Patrimonialordnung".
S. 11, Z. 2 lies: „Ablehnungsrecht" statt „Ablehnungrecht".
S. 32, Z. 12 lies: „Konventionalstrafe" statt „Konvenionalstrafe".
S. 48, Z. 1 in d. Anm. lies: „357/8" statt „357,8".
S. 56, Z. 3 in d. Anm. lies: „prorogatio" statt „iprorogatio".
S. 73, vorletzte Zeile in d. Anm. lies: „de" statt „der".
S. 84, Z. 17 lies: „Litisdenunziaten" statt „Litisdenunzianten".
S. 87, Z. 14 lies: „der" statt „und".
S. 91, letzte Zeile in d. Anm. lies: „jussui" statt possui".
S. 99, Z. 7 lies: „prinzipiell" statt „prinziell".
S. 104, Z. 18 lies: „den" statt „dem".
S. 120, Z. 23 lies: „weiteren" statt „weitrer".
S. 163, Z. 12 lies: „zuständig" statt „zuständig".
S. 164, Z. 7 in d. Anm. lies: „die Widerklage" statt „der Widerklage".
S. 196, Z. 10 am E. lies: „her" statt „der".

Digitized by Google

I. Teil.

Die Konsensprorogation.

I. Capitel.

Deren Zulässigkeit.

§ 1. Römisches Recht.

Gewöhnlich wird angenommen, die Prorogation sei durch die lex Julia judiciaria, die von August erlassene lex judiciorum privatorum eingeführt worden. Bach [1]) hat diese Ansicht damit zu begründen gesucht, daß erst mit dem Wachstum des römischen Staatswesens an Stelle der frühern Einfachheit in Gerichtsverfassung und Rechtsverkehr für das vergrößerte Gemeinwesen und die größere Menge von Rechtsstreitigkeiten eine Menge von Gerichtsständen und Kompetenzregeln getreten sei; daß dies zu Kompetenzstreitigkeiten geführt und endlich zur gesetzlichen Bestimmung, es solle den Parteien gestattet sein, sich auf Grund stattgefundener Vereinbarung einem dadurch zuständig werdenden Gericht zu unterwerfen. — Damit übereinstimmend sehen die Meisten in der erwähnten lex die Quelle des Gerichtsstandes der Vereinbarung, so Wetzell [2]), Hefftter [3]), Linde [4]) und Andere [5]), während Bethmann-Hollweg [6]) gerade einen umgekehrten Entwicklungsgang annimmt. Mir scheint die wahrscheinlichste Ansicht die zu sein, zu der uns führt der Restitutionsversuch [7]) von Bethmann-Hollweg: „Quominus alio loci

1) In seinen opuscula, de pr. jur. § 1, p. 407. 2) System, S. 480 N. 28; Glück, Erläuterungen III. S. 170. 3) System, S. 198, N. 121. 4) Lehrbuch §. 101, N. 1. 5) Neuestens Planck, Lehrb. I. S. 78, N. 3. 6) Versuche, S. 15; cf. Reatz, S. 19. 7) Ältere teilt Reatz, S. 20 mit.

Digitized by Google

reus ut se defendat, inter privatos conveniat, hac lege nihil rogato". — Demnach hat diese lex nur eine bereits thatsächlich bestehende oder selbst durch Gesetz[1]) bestätigte Gewohnheit als gesetzlich erlaubt anerkannt, und gegenüber neuen Kompetenzbestimmungen, die zweifellos auch in dieser, für die Geschichte des römischen Civilprozesses so wichtigen lex enthalten waren, aufrecht erhalten.

Vor allem mochte das praktische Bedürfnis schon früher zur Prorogation geführt haben, d. h. zur Unterwerfung unter eine Gerichtsgewalt, welcher der Beklagte nicht von Rechtswegen unterworfen war. Bei sehr einfachen Kompetenzbestimmungen im ältern römischen Civilprozeß mag es in manchen Fällen nicht wegen Inkompetenz, sondern wegen anderer Umstände an der Gerichtsgewalt gefehlt haben, und sobald diese durch freiwillige Unterwerfung des Beklagten begründet war, konnte auch die Zuständigkeit des Richters bethätigt werden. Eines der ältesten Beispiele dieser Art mag wohl die Unterwerfung eines der Gerichtsbarkeit nicht unterworfenen Beamten gewesen sein: magistratus maiores und Volkstribunen waren während ihrer Amtsführung keinem andern Magistrat unterworfen[2]), durften daher auch nicht in jus vociert werden. War also auch der Prätor, vor den man sie zitieren wollte, in der Sache an sich zuständig, so konnten sie doch zur Begründung des Streitverhältnisses nicht gezwungen werden, und erst freiwillige Unterwerfung[3]) verlieh dem Richter jurisdictio, was ja in den Quellen neben „Kompetenz" auch Gerichtsbarkeit, Gerichtsgewalt bedeutet[4]).

Als später verschiedene Magistrate mit verschieden abgegrenzten Amtsbezirken und Amtsbefugnissen aufgestellt wurden, konnte offenbar jenes einfache Prinzip nicht mehr hinreichen; und aus einem Verzicht auf eine temporäre oder exzeptionelle Befreitheit von der Gerichtsgewalt wurde die Parteivereinbarung mit Angehung des Richters zum wahren Kompetenzgrund. Und da fragt es sich nun, innerhalb welcher Grenzen im römischen Recht Prorogation gestattet war.

Im Allgemeinen dürfen wir wohl annehmen, daß jene Bestimmungen über jurisdictio, welche auf dem ältern römischen Staats-

1) So Zimmern, röm. Civilproz. S. 70. 2) Zu vergl. Bethmann-Hollweg, röm. Civilpr. II. S. 132; Reatz S. 25 f.; — Keller Wach, röm. Civilpr. (5. Ausg.) S. 217, Nr. 1; — l. 13 § 4 D. 36, 1. 3) cf. l. 14 D, 2, 1; l. 26 § 2 D. 4, 6; l. 12 D. 46, 7. 4) Darüber Keller Wach, S. 11, Anm. 31 und zu den dort angef. Stellen noch l. 6 § 10 D. 28, 3. Damit hängt wohl auch die Bezeichnung in der gemeinrechtl. Doktrin zusammen.

Digitized by Google

recht beruhten, der Verschiebung durch Vereinbarung ebendeshalb nicht unterworfen waren, wohl aber die auf der neuern Gesetzgebung beruhenden Kompetenzregeln. In Konsequenz dieser Ansicht [1]) dürften wir annehmen, daß die althergebrachten Organe der städtischen Civilrechtspfle mit festbegrenzter Amtssphäre — Prätor, Zensoren, Aedilen, — außerhalb der gesetzlichen Kompetenzregulierung [2]) weder angegangen, noch umgangen werden konnten, daß dagegen die neuern Bestimmungen über die Gerichtsbehörden und ihren Amtskreis nicht Partei-Disposition ausschlossen. — Gerade hinsichtlich der beiden Prätoren bestätigt dies die lex Julia selbst. — Folgendes läßt sich durch Quellenstellen belegen [3]).

1) Die Parteivereinbarung konnte nur Zuständigkeit verleihen, wo bereits Gerichtsbarkeit vorhanden war. Dies wird in der l. 1 D. de jud. (5, 1), direkter noch in der l. 3 C. 3, 13 ausgedrückt [4]): „denn zum öffentlichen, mit Staatsautorität versehenen Richter können die Parteien durch Vertrag Niemanden machen, der es nicht ist“ [5]). — Also Civiljurisdiktion ist das allgemeinste Erfordernis einer giltigen Prorogation.

2) Durch Prorogation konnte verschoben werden die Kompetenzgrenze a) zwischen dem praetor peregrinus und dem praetor urbanus [6]) nach l. 2 § 2 D. 5, 1 b) zwischen den niedern Provinzialrichtern, den magistratus municipales und dem praeses provinciae, jedenfalls soweit diese Kompetenzregelung durch den Betrag des Streitgegenstandes bestimmt war [7]). Und ganz allgemein sagt die l. 74 § 1 D. 5, 1: „Judex, qui usque ad certam summam judicare jussus est, etiam de re maiore judicare potest, si inter litigatores conveniat“ [8]). c) Andrerseits wird uns auch in einem bestimm-

1) Dieselbe vertritt auch Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 11, Anm. 29. 2) Über deren Amtskreis Keller-Wach, röm. Civilprozeß, S. 7. 3) Zum Folgenden insb. Reatz, S. 29; München, d. kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht, S. 35 ff. 4) „privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli praeest judicio.“ 5) Bethmann-Hollweg, II. S. 120, N. 18. 19; — zu vergl. l. 81 D. 5, 1; Paulus, Rec. Sent. V, 5, 1 l. 61 § 1. D. 5, 1; l. 2 C. 7, 48 (letztere über den militaris judex.) 6) Über das Verhältnis beider Keller-Wach S. 6 N. 11 a. 7) Der die Grenze bildende Geldwert ist uns unbekannt — Bethmann-Hollweg II. S. 68. 8) Die Stelle handelt von der Beschränkung des judex in der Formel auf eine gewisse Summe. Ebenfalls von der übereinstimmenden Wahl eines judex, aber nicht von einer Prorogation handelt l. 57 D. 42, 1; denn der judex leitet, auch wenn von den Parteien gewählt, seine Befugnis zur Sachentscheidung von der Gerichtsobrigkeit ab.

Digitized by Google

ten Fall die Zulässigkeit der sog. prorogatio de tempore ad tempus bezeugt. Daß wir es hier mit einer wahren Prorogation zu thun haben, zeigt der Umstand, daß die Stelle in der sedes materiae ihren Platz gefunden; es ist dies die l. 2 § 2 D. de jud. [1]) (Ulpianus l. 3 ad edict.). Der Unterschied von andern Fällen ist nur der, daß die Kompetenz, die schon vorher durch Konsens begründet wird, neuerdings verliehen werden soll, weil sie nur bis zum Ablauf einer Frist dauerte. Hiebei handelt es sich um die Sachentscheidung durch einen kaiserlichen Kommissär (judex a principe datus), also um die Kompetenz des Kaisers. Dieser ist durch die freiwillige Unterwerfung der Parteien zuständig geworden, und zwar auf eine bestimmte, dem Richter vorgesetzte Zeitdauer. Zustimmung aller Beteiligten ist zur Verlängerung erforderlich, aber seitens des Kaisers als des eigentlich Prorogierten genügt, daß er nicht ausdrücklich widerspricht.

3) Ferner wird bezeugt [2]), daß die Parteien den procurator fisci prorogieren konnten. Wir dürfen daraus schließen, daß Gerichtsbehörden, welche für ganz spezielle Rechtsstreitigkeiten eingesetzt waren, für alle andern demnach keine Kompetenz besaßen, dieselbe doch durch Prorogation erwerben konnten. Dagegen konnte ihnen schwerlich durch Prorogation ein Prozeß entzogen werden, da die Sachen, die zu ihrer Kompetenz gehörten, ihnen offenbar wegen eines besondern öffentlichen Interesses überwiesen waren.

4) Ganz allgemein galt, daß auf Gerichtsstandsprivilegien verzichtet werden konnte. Solche eximierte Gerichtsstände [3]) für besondere Stände und Rangklassen finden sich insbesondere in der spätern Periode des römischen Rechtes für Hofbeamten, Militärs und Geistliche. Aus älterer Zeit gehört namentlich das jus revocandi domum [4]) hieher, welches den legati zustand.

5) Inwieweit eine örtliche Zuständigkeit durch Prorogation umgangen werden konnte, darüber fehlt es an genauern Nachrichten.

Feststeht, daß für alle Exekutionshandlungen, für Besitzeinweisungen, Erteilung der bonorum possessio nur der Richter des Ortes zuständig war. Der Prätor allerdings erscheint überall als mit jurisdictio ausgestattet, der Provinzialstatthalter und die Munizi-

---

1) cf. Reatz, S. 9. 2) In l. 1 C. 3, 13 u. l. 4 C. 3, 26. 3) Nachweisungen darüber bei Bethmann-Hollweg III, S. 187; gewöhnlich ist der Ausdruck jus fori, privilegium fori. 4) Über dasselbe Bethmann-Hollweg II. S. 465, N. 46; Wetzell, System S. 478.

Digitized by Google

palbeamten auf ihr forum beschränkt. Nun brachte es wohl der Umstand, daß nur der örtlich zuständige Richter Besitzeinweisungen, Rechenschaftsablegungen erledigen, Veräußerungsdekrete erlassen konnte, mit sich, daß er auch ausschließlich zuständig war für die daran sich schließenden Rechtsstreitigkeiten. Und wenn Brackenhoeft[1]) mit gutem Grunde annimmt, daß Statusklagen wie im geltenden Recht, wegen ihrer Wichtigkeit nur vor dem örtlich zuständigen Richter entschieden werden konnten, so dürfen wir dies wohl auch auf die Rechenschaftsablegungen der Vormünder und sonstigen Curatoren, und auf die dabei entstehenden Rechtsstreitigkeiten ausdehnen[2]). Der Prätor freilich konnte wohl auch hiefür zuständig werden.

Das Resultat ist, daß die Prorogation innerhalb weiter Grenzen zulässig war; und diesen Grundsatz allgemeiner Zulässigkeit der Parteivereinbarung finden wir ja auch ausgesprochen in der ersten Stelle der sedes materiae, — in l. 1 D. de jud. 5, 1. —

§ 2. Kanonisches und gemeines Recht.

Dem deutschen Recht des Mittelalters war das Rechtsinstitut der Prorogation wohl durchaus fremd[3]). Die ältere Gerichtsverfassung, welche abgesehen von der prinzipiell unbeschränkten Gerichtsbarkeit des Königs, für die einzelnen Rechtskreise, für das Landrecht, Stadtrecht, Lehenrecht nur Sondergerichte kennt, beruht auf der dem Angehörigen des einzelnen Rechtskreises und dann wiederum des einzelnen Gerichtsbezirkes obliegenden Pflicht, vor seinem Gericht Recht zu nehmen und zu geben, d. h. nur dort als Kläger und Beklagter aufzutreten[4]). Für die Klagen zweier Gerichtsgenossen unter einander dürfen wir das forum domicilii, beruhend auf der Dingpflicht der Gerichtsangehörigen mit Simon[5]) geradezu als

---

1) N. 12 zu § 101, S. 268 der „Erörterungen" wegen l. 2. C. 3, 12. 2) Cf. l. 1 C. 3, 21: haec ubi gessit, rationem debet reddere. Freilich ist dieser oder der Ausdruck „ubi quis agere et conveniri debet", ubi quis defendi, ubi actionem excipere debet" an und für sich nur die Bezeichnung für „Gerichtsstand", nicht gerade „ausschließlicher G." — Vgl. auch Brackenhoeft, S. 217 u. N. 8. 3) Die gewöhnlich hiefür als Beweis angeführte Stelle des Sachsenspiegels (III, 25 § 2) lautet: „bynnen markede noch bynnen utwendigen Gerichte ne darf nymand andwerden." 4) Planck, das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I. § 10 „Die Dingpflicht" 5) „Juris saxonici medii aevi de foro competenti praecepta" Regim. 1867, p. 6 sq.

Digitized by Google

ausschließliches bezeichnen. Auch das Angehen eines höhern Gerichtes anstatt des niedern ist verboten; in noch höherm Maß unstatthaft mußte die Wahl eines Richters erscheinen, der einem andern Recht unterworfen ist, ein anderes Recht spricht. Es verpflichtet ein solches Verfahren den Kläger zum Schadenersatz an den Beklagten, zur Strafzahlung an den heimischen Richter — alles unter der Voraussetzung, daß auch dieser hätte angegangen werden können, d. h. nicht selbst Recht verweigert hatte [1]).

Demnach darf es nicht wundern, daß bei der Rezeption des römischen Rechtes dessen Grundsätze über den vereinbarten Gerichtsstand nicht durchweg anerkannt, sondern ihre Anwendbarkeit von Mehreren geleugnet wurde [2]). Unzulässig war ein solcher Zweifel freilich, da ja auch das kanonische Recht in c. 18 X. de foro competenti die Prorogation als prinzipiell statthaft bezeichnete. Daß sich aber Modifikationen des römischrechtlichen Prinzips aus der deutschen Gerichtsverfassung ergeben mußten, ist nunmehr darzulegen. Auch hier erscheint als erstes Erfordernis der Prorogation, daß der Prorogirte Gerichtsbarkeit und zwar eine entsprechende Civiljurisdiktion besitze; deshalb war auch die Prorogation an ein Strafgericht, ebenso wie an ein geistliches Gericht ausgeschlossen.

Allein trotz vorhandener Civiljurisdiktion des zu prorogierenden Gerichtes erschien die Prorogation durchaus nicht immer zulässig, indem es sich einerseits oft um eine unter privatrechtlichem Gesichtspunkt gehandhabte Gerichtsbarkeit handelte, andrerseits dieselbe vielfach den Charakter der Sondergerichtsbarkeit trug.

ad 1) Wo ersteres der Fall ist, erscheint die Rechtspflege als nutzbares Recht des dadurch Sporteln und Gebühren gewinnenden, oder wegen der Gerichtsbarkeit zu Abgaben berechtigten Gerichtsherrn; ihre Grundlage bildet ein meist privatrechtliches Verhältnis zwischen Inhaber und Angehörigen der Gerichtsbarkeit; und Prorogation wäre hier eine Beeinträchtigung des zur Rechtspflege berechtigten Gerichtsherren.

---

1) Planck, d. d. Gerichtsverf. I. S. 3, 46, 83 ff.; II. S. 372. 2) Vertreter dieser Meinung bei Glück Komm. III. S. 201, N. 42; — daß gleichwohl gerade zur Zeit der Rezeption Prorogationen sehr häufig waren, — S. 204 eod.; — es hängt dies — wofür auch die bei Glück erwähnte Prorogation an städtische Gerichte spricht — mit der altdeutschen Rechtsgewohnheit der Angehung der für die Tochterstadt den „Oberhof" bildenden Gerichte der Mutterstadt zusammen. cf. Kühns, Geschichte d. Gerichtsverf. u. d. Prozesses in der Mark Brandenburg II. S. 344.

Digitized by Google

Hieher gehörte nun aber fast der größte Teil der Gerichtsbarkeit; namentlich auch die ursprünglich meist durch königliche Belehnung den Territorialherrn erworbene landesherrliche Gerichtsbarkeit. Hieher gehörte ferner die ganze Lehensgerichtsbarkeit[1]), hieher endlich auch die Patrimonialgerichtsbarkeit. Was letztere anlangt, so war es im gemeinen Recht schon geraume Zeit hindurch bestritten, ob hier eine Prorogation stattfinden könne[2]). Während Leyser[3]) die mehr moderne Auffassung vertritt, daß das römische Recht anzuwenden sei, weil sich jene Gerichtsbarkeit von der römischen nur dadurch unterscheide, daß sie erblich sei und im eigenen Namen geübt werde, vertraten Schnaubert[4]) und Glueck[5]) die Ansicht, es sei den Gerichtspflichtigen nicht gestattet, die Jurisdiktion auf einen andern zu prorogiereu, es sei denn, daß der Gerichtsherr mehrere Grichtshalter habe, in welchem Fall es allerdings erlaubt sei, einen derselben zu vereinbaren. — Der durch die historische Entstehung gerechtfertigten privatrechtlichen Auffassung der Erbgerichtsbarkeit entspricht gewiß letztere Ansicht mehr, mag man nun de lege ferenda auch anders denken[6]).

Direkt gestattet die Prorogation die mecklenburgische Patrimonialordnung vom 21. Juli 1821, § 1; die neuern Prozeßgesetzgebungen brauchen die inzwischen allenthalben aufgehobenen Patrimonialgerichtsbarkeit überhaupt nicht mehr zu erwähnen.

ad 2) Auch der Umstand, daß die Gerichtsbarkeit vielfach den Charakter einer Sondergerichtsbarkeit trug, erscheint als eine Schranke der Prorogation. Hieher gehörte die als jurisdicto realis geltende akademische Gerichtsbarkeit[7]), ebenso die Militärgerichtsbarkeit[8]), vor allem aber die Handelsgerichtsbarkeit. Fast immer haben wir uns als Inhalt der Sondergerichtsbarkeit vorzustellen, daß die betreffenden Gerichte nur für die in den Kreis ihrer Gerichtsbarkeit

---

1) l. 2 f. 51 § 1. — Brackenhoeft, Erört. S. 268 N. 17. 2) cf. Wetzell, N. 36 zu § 39, S. 481; Stockmann, de jurisd. pror. § 13; Bach, op. p. 428 sq. 3) Meditationes ad Pandectas (I. 29. 3) ebenso die Mehrzahl der Neuern: Bayer, Vorträge, S. 236; Martin, Vorles. I. S. 368; — Reatz, S. 177; — Busch im Arch. f. d. civ. Praxis 19, S. 43. 4) „Beiträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht" (Gießen 1782) II. S. 155. 5) III. S. 208. 6) Ebenso für Bayern ein oberstrichterl. Erkenntnis vom 9. Aug. 1833 bei Seuffert, Komment. üb. die bayr. G.O. I. (2. Aufl.) S. 261, N. 6. 7) cf. Wetzell S. 445, 481 N. 35; Glueck III. S. 235. 8) Wetzell S. 481, N. 35; S. 446 ff.

Digitized by Google

einschlagenden Rechtsstreitigkeiten und nur für die ihnen unterworfenen Personen, für beide aber auch ausschließlich Recht zu sprechen hatten [1]).

Bei andern Sondergerichtsbarkeiten war die prorogatio fori unter dem Gesichtspunkt ausgeschlossen, daß die eigene Gerichtsbarkeit als ein unverzichtbares Privileg des betreffenden Standes galt [2]) — ein Seitenstück zu dem Fall, daß die Prorogation wegen des Rechtes des Gerichtsherrn ausgeschlossen ist. Als ein besonders wichtiger [3]) Anwendungsfall erscheint die Prorogation eines weltlichen Richters in einer Civilsache eines Geistlichen, — verboten durch Innozenz IV. in c. 12 X 2, 2.

Bereits vor Justinian (l. 25, l. 33, C. 1, 3 Marcianus, Leo, Anthemius) und von diesem neuerdings [4]) wurde für die Geistlichen ein privilegierter Gerichtsstand geschaffen; doch konnte derselbe durch Verzicht auf die praescriptio fori im einzelnen Fall aufgehoben werden. Dagegen machten es frühzeitig Konzilienschlüsse [5]) den Geistlichen zur Pflicht, in Rechtsstreitigkeiten unter einander nur vor dem vorgesetzten Bischof Recht zu nehmen. Erst Innozenz IV. verbot jedem Geistlichen die Unterwerfung unter die weltlichen Gerichte, die er zugleich als nichtig erklärte [6]). Nur Prorogation an ein anderes geistliches Gericht war gestattet, falls Zustimmung des ordentlichen Gerichtes vorliegen würde. — Doch wurde die Geltung dieses kanonischen Rechtssatzes später in Zweifel gezogen, namentlich in Bezug auf die protestantische Geistlichkeit [7]). Gegenstandslos wurde auch diese Streitfrage, als die modernen Grundsätze über Gerichtsverfassung und ausschließlich staatlichen Charakter der Civilgerichtsbarkeit in Deutschland geltend wurden. Wie sich diese Umwandlung gegenüber den Vorschriften des kanonischen Rechtes vollzog, darüber vgl. Richter [8]), Lehrbuch des Kirchenrechtes, S. 752 in der 8. Auflage.

---

1) Das diesbezügliche Verhältnis zwischen Handels- und gewöhnlichen Civilgerichten war bestritten; cf. Renaud, Lehrb. S. 97 f. u. insb. Busch, Archiv f. Theorie u. Praxis d. allgem. Handelsr. VII. S. 397, 406 ff. 2) cf. Glück III. S. 221; Seuffert, Kommentar über die bayr. G.O. I. S. 263. 3) Von den bereits erwähnten Fällen gehören manche auch hieher, so die Prorogation einer akademischen Person an einen ihr nicht vorgesetzten Richter; darüb. Glück a. a. O. S. 233 N. 31. 4) nov. 79 c. 1; nov. 73 c. 3. 5) cf. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß III. S. 113, N. 19. 6) Bestätigt durch eine const. Friderici a. 1220 § 5; cf. Wetzell, System S. 357. 7) cf. Glück III. S. 230 ff., in Übereinstimmung mit Schnaubert a. a. O. II. IV. S. 162 ff.; — Martin, Vorles. I. S. 369. 8) Aus dieser Quelle

Digitized by Google

Auch reichsstaatsrechtliche Verhältnisse traten der Prorogation hindernd entgegen. Nicht nur daß die Prorogation an ausländische Gerichte für unzulässig galt [1]), es war vielmehr auch die Prorogation an die Gerichte eines andern deutschen Territoriums unstatthaft. Als Grund wurde angegeben, es würde darin eine Verachtung der Gerichtshoheit des eigenen Landesherrn liegen und dadurch — was wohl das Durchschlagende war — dem inländischen Gerichtsherrn Einkünfte entzogen. — Die historische Begründung finden wir darin, daß auch die landesherrliche Gerichtsbarkeit ihrem Ursprung nach unter dem Gesichtspunkt einer nutzbaren Sondergerichtsbarkeit stand. Nach dem ersterwähnten Argument mußte gesucht werden, als der privatrechtliche Charakter nicht mehr auf die landesherrliche Gerichtsbarkeit paßte und dies war schon der Fall, als die Landesherrn de facto Souveräne geworden.

Insbesondere eine Prorogation kaiserlicher Gerichte seitens Reichsmittelbarer galt als unzulässig; allein die vielfach, den Kurfürsten insgesammt durch die goldene Bulle erteilten privilegia de non evocando, später J. R. A, § 103 befreiten doch nur von der Ladung vor kaiserliche Gerichte, waren also auf die freiwillige Unterwerfung nicht wohl anwendbar [2]). Freilich Zwangshandlungen konnten die kaiserlichen Gerichte weder selbst vornehmen, noch durch die ordentlichen Gerichte vornehmen lassen; und deshalb betrachtet Schnaubert [3]) wohl mit Recht derartige Prorogationen als unwirksam. Uebrigens enthielten auch die Reichsgesetze ausdrückliche Bestimmungen darüber, daß es den Reichsmittelbaren nicht gestattet sein soll, auf die kaiserlichen Gerichte einen Kompromiß zu schließen, worunter auch die häufig in dieser Form abgeschlossenen [4]) Prorogationen gerechnet werden mußten; so der Reichsabschied von 1594, § 65 § 66 und in Betreff der „evocationes for frembde gerichte“ der J. R. A. §. 164.

Innerhalb der bisher erörterten, durch die deutsche Gerichtsverfassung, wie die mittelalterlichen Grundsätze über Gerichtsbarkeit gezogenen Grenzen war die prorogatio fori im gemeinen Recht zulässig: also die Verschiebung der örtlichen, wie sachlichen Kompetenz-

---

sei auch mitgeteilt, daß nach dem Synodalstatut von 1655 für die Diözese Münster den Geistlichen die Prorogation nach römischem R. gestattet war. 1) cf. Martin a.a.O. S.367. 2) cf. Martin, Vorl. I. S.367; Wetzell, System S. 479, N. 26. 3) a. a. O. 151. 4) Reatz, S. 200 ff.; Mynsinger, observ. V, 2.

Digitized by Google

regeln, die prorogatio de persona ad personam und die prorogatio de causa ad causam, während die prorogatio de tempore ad tempus als prinzipiell unzulässig galt [1]).

Endlich ist auch das Erfordernis der Annahme durch den prorogierten Richter unter dem Gesichtspunkt einer Beschränkung der Prorogation aufzufassen; hiebei haben wir wiederum auf das römische Recht zurück zu greifen. Ulpianus sagt in § 1 der l. 2 D. 5, 1 (l. 3 ad edictum): convenire autem utrum inter privatos sufficit, an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? lex Julia judiciorum ait: „Quominus inter privatos conveniat" — sufficit ergo privatorum consensus. Proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire et putat suam jurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est; et puto posse defendi eius esse jurisdictionem.

Drei legislative Behandlungsweisen sind denkbar: das Gesetz konnte den consensus des Gerichtes für ebenso wesentlich erklären wie den der Parteien [2]), oder das Gericht zur Entscheidung der ihm durch Prorogation übertragenen Rechtsstreitigkeiten verpflichten, oder

1) Diese Einteilung der Prorogation spielt in den ältern Darstellungen eine Rolle, nachdem sie einmal die Glosse zu c. Pet. G. 40 X de off. jud. deleg. und die Randglosse zu l. consensisse 2 § 2 D. 5, 1 aufgestellt hatte. Ersteres ist die Verleihung der Zuständigkeit an einen Richter, der über diese Person keine Kompetenz hat; auch die Kompetenzverschiebung in örtlicher Beziehung ist darunter gemeint (cf. den französisch-rechtlichen Ausdruck compétence en raison de la personne = örtliche Zuständigkeit). Die Prorogation de tempore ad tempus, — aufgestellt wegen der l, 2 § 2 D. 5, 1 — galt prinzipiell als unzulässig auf Grund der l. 13 § 1 D. de jur. 2, 1. Glück III. S. 217; Kemmerich, de pror. jur. Ebenso galt auch die prorogatio de loco ad locum als wenig praktisch und meist unstatthaft; man berief sich hiefür auf l. ult. D. 2, 1 (Glück, S. 44). Was endlich die prorogatio de causa ad causam anlangt, zu vgl. Kemmerich (§ 16 eod.): da für die verschiedenen causae meist verschiedene Gerichte eingesetzt sind, so kann diese Art nur selten stattfinden; für ganz unzulässig erklärt sie Stockmann, de jur. pror. § 6 inf. — Sie reduziert sich fast auf die Summenkompetenz. Huber prael. jur. rom. h. t. § 10 nennt diese species geradezu prorogatio de quantitate ad quantitatem. 2) Uns liegt dies am fernsten; wir fassen das Verhältnis zwischen dem kompetenten Gerichte und den Parteien allerdings als Obligation und zwar als öffentlich-rechtliche (Reatz S. 77) vorzugsweise des Erstern als des zur Befriedigung des Rechtsschutzanspruches verpflichteten Staatsorganes; aber die Idee eines Vertrages zwischen Gericht und Parteien gehört uns nicht an. Sehr zutreffend hrbr. Wieding, im Rechtsl. III. S. 1472.

Digitized by Google

endlich dem Gericht ein Ablehnungsrecht gewähren. Ein derartiges Ablehnungrecht, verlierbar auch durch unverschuldeten Nichtgebrauch — dies ist der Standpunkt des römischen Rechtes.

Es war aber wohl Juristenrecht, gewonnen durch freie Auslegung der lex Julia; wahrscheinlich hatte dieselbe diesen Punkt gar nicht berührt; allein der Jurist interpretierte die Bestimmung, daß der consensus privatorum genüge, etwas modifizierend dahin: „daß der Richter nicht gerade konsentieren müsse, um zuständig zu werden"; woraus sich, wenn wir nicht annehmen sollen, er habe sein Beispiel unzutreffend gewählt, nur folgern läßt: „durch thatsächliche Verweigerung kann er die Prorogation vereiteln." Wir können also, da wir den Text der lex Julia eben nicht kennen, nicht bestimmt behaupten, daß die Auslegung Ulpians durchaus derselben entsprochen habe; ebenso wenig, daß sein Ausspruch gerade durch die entgegengesetzte Ansicht veranlaßt worden sei, als ob ein gleichinhaltlicher Konsens des Richters notwendig sei: jedenfalls ist die interpretatio des Juristen in das justinianeische Gesetzbuch rezipiert und auch in keiner spätern, das Prorogationsrecht betreffenden Verordnung korrigiert worden, was in Betreff der l. 29 C. de pactis (2, 3) Reatz [1]) völlig zutreffend gezeigt hat.

Demnach hatte die herrschende Doktrin des gemeinen Rechtes [2]) gewiß Recht, wenn sie das Erfordernis der freiwilligen Annahme durch den Richter, die aber nicht auf consensus beruhen müsse, aufrecht erhielt gegenüber der abweichenden Meinung von Noodt, Hefftter, Osterloh, vorzugsweise aber Francke. Des Letzteren Argumentation [3]) läuft im Wesentlichen darauf hinaus: wenn der Richter schon durch die Parteivereinbarung oder jedenfalls durch die freiwillge Unterwerfung zuständig werde, so dürfe ein richterliches Ablehnungsrecht bei dem Kompetenzgrund der Parteivereinbarung ebensowenig Platz greifen, wie bei irgend einem andern Kompetenzgrund. Allein Francke übersieht, daß das Gesetz sehr wohl aus Zweckmäßigkeitsgründen ein Ablehnungsrecht einem bereits zuständigen Richter einräumen könne, wenn er diese Zuständigkeit nicht den gesetzlichen Geschäftsverteilungsregeln verdankt.

Nach dem Gesagten konnte der Richter nicht gezwungen werden, einer beabsichtigten Prorogation Folge zu leisten, war aber zur Be-

---

1) S. 196 f. 2) Schon vertreten in der Glosse privatorum zu l. 2 § 1 D. de jud.; Nachweisungen bei Reatz, S. 177 ff. 3) In der Ztschr. für Civilr. u. Proz. neue Folge, 2. Bd. N. 3 S. 113—130.

Digitized by Google

fassung mit der Sache verpflichtet, sobald er dieselbe irgendwie als Richter behandelt hatte [1]). Unrichtig ist aber die Behauptung von Reatz, daß durch Täuschung herbeigeführte Annahme der Annahme unter Zwang gleichstehe, also den Richter nicht verpflichte [2]).

De lege ferenda wird man sich freilich dafür entscheiden, daß das Zustandekommen der Prorogation nicht abhängig sein dürfe vom Gericht [3]). — Die Befürchtung einer dadurch eintretenden Ueberlastung gewisser Gerichte hat sich bisher als unbegründet erwiesen; andrerseits geziemt es auch der Gesetzgebung, die Aufgabe eines jeden Staatsorganes derart genau festzustellen, daß jede Wahl zwischen Annahme und Unterlassung eines Geschäftes der Rechtspflege ausgeschlossen bleibt. Diese Gründe sind insbesondere in den Motiven zur hannöver'schen Prozeßordnung [4]) klar und überzeugend dargelegt; nach ihnen hat denn auch die neuere Gesetzgebung wenigstens teilweise verfahren; sie sind endlich auch im Reichsrecht — von einer Ausnahme abgesehen — zur Durchführung gelangt.

§ 3. Die neueren Gesetzgebungen.

1) Durchaus auf dem damaligen gemeinrechtlichen Standpunkt steht in der Behandlung unseres Rechtsinstituts der Codex juris bavarici judiciarii. Es wird erfordert Zustimmung des ordentlichen Richters, eine Bestimmung, die später als nicht mehr zu Recht bestehend erachtet wurde, und ebenso die freiwillige Annahme durch den Richter, welches Erfordernis wohl im Sinn der gemeinrechtlichen Lehre zu verstehen war [5]); ferner wird ein Richter erfordert, der nur sonst in dergleichen Fällen Gerichtsbarkeit hat. Unzulässig ist

---

1) Sehr zutreffend über diesen Punkt Wach im Arch. 62, S. 381. 2) Er sagt: „jede Abweichung von dem Konsensprinzip — und um eine solche handle es sich hier — sei strikte zu interpretieren. S. 190. Nimmt man das Wissen heraus, so ist der Konsens im engern Sinn aufgehoben, das Erfordernis des Konsenses im weitern Sinn aber ist nicht aufgehoben." — Aber wenn Konsens nicht erforderlich ist, so ist, weil es verschiedene Arten von Konsens einfach nicht gibt, ganz gleichgiltig, wodurch der Irrtum des Richters begründet wurde. 3) Anderer Meinung Reatz, S. 238. 4) Leonhardt, die Justizgesetzgebung II. S. 31 der 4. Aufl. — Hahn, die ges. Materialien II. 1 S. 160; anders die Regierungsmotive zu Art. 26 der oldenburg. Prozeßordn, in der Ausg. von Becker (1859) S. 39; cf. v. Freydorf, Prozeßordnung f. Baden, S. 387. 5) Kreittmayr bezieht sich auf Lauterbach, Colleg. theor.-pract. ad Pand. l. 2 t. 1 de jurisd. n. 29; Seuffert, Kommentar über d. b. G.O. I. S. 264, N. 13.

Digitized by Google

dagegen nach c. 1 § 19 die Prorogation eines im Instanzenzug höhern Gerichtes ohne gutwilliges Einverständnis der andern Partei.

Das ausschließliche Immobiliarforum verhindert auch nach bayrischem Recht [1]) die Prorogation in dinglichen Rechtsstreitigkeiten, ebenso der Mangel der Gerichtsbarkeit, daß für Wechsel-, Ehe- und Bergsachen die allgemeinen Civilgerichte prorogiert werden; und die gleiche ratio ließ auch Prorogation in den vor ein forum exemtum, d. h. „einen wegen Beschaffenheit der Sache privilegierten oder doch eximierten Gerichtsstand“ [2]) gehörigen Sachen als unstatthaft erscheinen.

2) Die allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten vom 6. Juli 1793 erfordert die Annahme durch den Richter, wobei ebenfalls Annahme aus Irrtum genügte, ferner, daß der Richter bereits Gerichtsbarkeit über die betreffende Sache besitze [3]). Unzulässig ist die Prorogation in Ehescheidungsklagen, nach einer Kabinetsordre vom 25. Febr. 1833 [4]); zulässig dagegen nach einem Gesetz vom 3. April 1847 die Prorogation zwischen Handelsgerichten und gewöhnlichen Civilgerichten. Eine besondere Art der Prorogation gestattet § 100 des Anhanges zu § 20 des 12. Titels [5]); hiebei handelt es sich wie in § 19 des 1. Kapitels der bayrischen Gerichtsordnung um eine Überspringung der untern Instanzen. Diese soll vereinbart werden können, wenn es sich in einem Prozeß um die Auslegung des undeutlichen oder zweideutigen Inhalts einer Urkunde oder nur mehr um die Entscheidung von Rechtsfragen handeln sollte.

3) Der code de procedure civile kennt dieses Rechtsinstitut nicht unter dem Namen der Prorogation, wohl aber die Sache, indem einerseits in actiones personales die Wahl eines Wohnsitzes mit Gerichtsstandswirkung zulässig ist [6]), andrerseits die Parteien freiwillig vor einem unzuständigen Gericht Recht nehmen können, wenn der Beklagte nicht den verzichtbaren Inkompetenzeinwand erhebt [7]). Was insbesondere Letzteres anlangt, so ist die dadurch gegebene Möglichkeit, die gesetzlichen Kompetenzregeln zu verschieben, vom Gesetz überall da anerkannt, wo es sich um die compétence en raison de la personne, um die örtliche Kompetenz handelt; denn nur von

1) Seuffert, Kommentar zu § 9 des 1. Kap., S. 94, N. 3. 2) Seuffert, I. S. 140—154, insb. S. 154, 5. 3) Teil I. Tit. II. § 161. 4) Koch, preuß. Prozeßr. II. Bd. S. 58 f. 5) cf. Westerburg, in den Beitr. zur Erläut. d. d. Rechts, Bd. 21, S. 589. 6) Über das domicile élu unten S. 75/6. 7) Schlink, Kommentar über die französ. Civilprozeßordnung I. S. 259.

Digitized by Google

dieser, nicht auch von der compétence en raison de la matière gilt der Satz der Jurisprudenz: „elle est purement d'intérêt privé“ [1]). In Betreff der örtlichen Kompetenz ist nun in Bezug auf die Friedensrichter die Zulässigkeit einer Prorogation in art. 7 [2]), bezüglich der höhern Gerichte, der tribunaux civils indirekt in den Bestimmungen über die Foridekliniatorien ausgesprochen. Ein Ablehnungsrecht des Richters ist nirgends ausdrücklich anerkannt: es sagt vielmehr art. 7 von dem angegangenen Friedensrichter: il jugera leur différent. Aber gerade daraus ist zu schließen, daß den höheren Gerichten eine Weigerungsbefugnis zusteht; denn jene Bestimmung hinsichtlich der juges de paix ist „une décision, qui ne doit pas tirer à conséquence“ [3]). Auch spricht hiegegen keineswegs [4]) der Umstand, daß diese Gerichte die relative Unzuständigkeit nicht ex officio geltend machen müssen.

Auch die Friedensrichter können nicht nur Jurisdiktion ausüben, wo ihnen blos die örtliche, sondern auch, wo es an der nach einer bestimmten Summe abgegrenzten sachlichen Kompetenz fehlt, — nicht aber da, wo ihnen nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Jurisdiktion überhaupt fehlt, wie bezüglich aller actiones reales et mixtae, insoweit sie sich auf Immobilien beziehen. —

Kontrovers ist, ob aus der Geschäftsverteilung zwischen den gewöhnlichen Civilgerichten (tribunaux d'arrondissement) und den Handelsgerichten (tribunaux de commerce) auch für die ersteren hinsichtlich der Handelssachen eine incompétence en raison de la matière resultiere. Ist dies der Fall — bezüglich des umgekehrten Verhältnisses besteht kein Zweifel, — so ist auch hierin die Parteidisposition ausgeschlossen. — Die Ansicht, daß eine rechtswirksame Verhandlung der Merkantilsachen durch die Civilgerichte möglich sei [5]), wird auf den Charakter der gewöhnlichen Civilgerichte als juges réguliers, auf ihre Gerichtsbarkeit als eine „jurisdiction fondamentale et régulière“ gestützt. Allein die entgegengesetzte Ansicht [6]) ist mit Rücksicht auf die Entstehung der Einrichtung vorzuziehen.

4) Die Partikulargesetzgebungen Deutschlands in diesem Jahr-

---

1) Boitard, leçons sur le code de proced. (4 éd. Paris 1847) tome I. p. 428. 2) Boitard II. p. 90, Schlink, I. S. 186 ff. 3) So Boitard I. p. 429. 4) Wie Schlink, Komm. I. S. 189 meint. 5) Vertreten von Berriat-Saint-Prix, cours de proc. civ. t. 1, p. 252; indirekt auch von Schlink, Komm. I. S. 258. 6) Vorzugsweise vertreten von Boitard, t. I. p. 429, 430.

Digitized by Google

hundert nähern sich immer mehr dem Standpunkt der Reichscivilprozeßordnung; dies zeigt sich insbesondere hinsichtlich des Ablehnungsrechtes des Richters. — Schlechthin entzieht es das mecklenburg-schwerinische Prozeßrecht,[1]) welches dagegen die Zustimmung des sonst zuständigen Richters erfordert; in der hannoverschen Prozeßordnung vom 8. November 1850 ist es beseitigt, für die Amtsgerichte und Obergerichte, nur die großen Senate der letztern haben ihre Unzuständigkeit von Amtswegen auszusprechen, wenn aus dem eigenen Vorbringen der Partei ihre Unzuständigkeit hervorgeht.[2]) Von dem Prinzip des Ablehnungsrechtes geht die oldenburgische Prozeßordnung vom 2. Nov. 1857 aus;[3]) doch darf nach § 3 des Art. 26 wenigstens das unzuständige Amtsgericht „wider den von beiden Parteien selbst ausgesprochenen Willen die Sache dann nicht ablehnen, wenn der Wert des Streitgegenstandes die Summe von 150 Thalern nicht übersteigt und dasselbe im Uebrigen zuständig ist.[4]) — Unstatthaft ist auch nach mecklenburgischem Recht die Prorogation an das Oberappellationsgericht.[5]) — Gerade den entgegen gesetzten Sinn — Begünstigung der Prorogation an das Obergericht mit Überspringung der unteren Instanzen — hat die Beschränkung, welche § 47 der badischen Prozeßordnung vom 18. März 1864 gegenüber der in § 46 statuierten prinzipiellen Weigerungsbefugnis des Gerichtes macht: wenn das prorogierte Gericht das im Fall der Appellation für die Sache zuständige Obergericht ist, und der Streit einen Gegenstand betrifft, dessen Wert die Appellationssumme erreicht, so kann dasselbe die Annahme nicht verweigern.[6]) Hierher gehört auch die Bestimmung der württembergischen Prozeßordnung Art. 24 Abs. 1, wonach in geringfügigen Sachen das Kreisgericht nicht prorogiert werden kann.

---

1) cf. Trotsche der mecklenb. Civilprozeß I. S. 293, N. 1. 2) Leonhardt, Justizgesetzgebung, 2. Bd. S. 29. 3) cf. Becker, das Gesetz für das Herzogtum Oldenburg, den bürgerl. Prozeß betr. S. 39, 40. 4) Die Regierungsmotive bei Becker a. a. O. 5) Trotsche, S. 295. — Im gemeinen R. galt die Prorogation an ein im Instanzenzug höheres Gericht für zulässig; Renaud Lehrbuch, S. 97, N. 22; Linde, Lehrb. S. 130, N. 4. 6) Zu dieser Bestimmung (§ 30 der Prozeßordnung v. 1851) bemerken die Motive. „Die Prorogation verdient insbesondere da eine Begünstigung, wenn sie mit Umgehung der unteren Instanzen auf ein Obergericht geschieht, in welchem Fall der Prozeß um diese Instanz verkürzt wird u. s. w. — Anderer Ansicht wohl mit Recht die Motive zur Reichszivilprozeßordnung bei Hahn II. 1, S. 162.

Digitized by Google

Ablehnungsbefugnis statuieren ferner: das Gesetz betr. den Wirkungskreis und die Zuständigkeit der Gerichte in bürgerl. Sachen für Österreich, vom 20. Nov. 1852 § 48, das Lippesche Gesetz, das Verfahren in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten betr. vom 12. April 1859;[1]) während die württembergische Prozeßordnung (Art. 23, Abs. 1 inf. Art. 24, Abs. 5; Art. 59, Abs. 1) und ebenso die bayerische Prozeßordnung von 1869 jegliches Ablehnungsrecht aufheben.

5) Am deutlichsten zeigt wohl die bayerische Prozeßordnung von 1869 gerade in Bezug auf die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung den Übergang zum geltenden Recht. Es hieße geradezu die Darstellung des geltenden Rechts in allen wesentlichen Punkten zu antizipieren, wenn wir auf die diesbezügliche Regelung im neuern bayerischen Prozeßrecht eingehen wollten [2]).

6) Dagegen blieb auch unter der Herrschaft der neueren Prozeßgesetzgebungen Prorogation ausgeschlossen von den Gerichten eines deutschen Staates auf die eines andern. Diese prozeßrechtliche Bestimmung ist hervorgegangen aus der internationalen Regelung der Rechtshilfe zwischen den deutschen Staaten. Diese Bestimmung enthält der Staatsvertrag zwischen Bayern und Württemberg vom 7. Mai 1821 in § 4; doch ist nach § 18 Prorogation zulässig in Wechselklagen. Solche Verträge [3]) wurden außerdem abgeschlossen zwischen Württemberg und Hohenzollern-Sigmaringen am 28. April (10. Mai) 1827,[4]) zwischen Preußen und Weimar am 8/25. Juni 1825.[5]) Ausdrücklich auf solche Verträge bezieht sich Art. 62 Abs. 1 der württembergischen Prozeßordnung; er läßt aber die Prorogation, soweit nicht solche Verträge bestehen, also im Prinzip auch auf ausländische Gerichte zu.

§ 4. Das geltende Recht.

Auch hier ist von dem Allgemeinsten auszugehen. Die Parteien können vor allem nur einem Gericht Zuständigkeit verleihen: doch

---

1) Noch andere Gesetzgebungen bei Renaud, Lehrbuch S. 98, N. 26. 2) Ich verweise insbesondere auf Schmitt, bayerischer Civilprozeß I. S. 318 ff. — Ebenso muß ich mich hinsichtlich des österreich. Rechts begnügen mit der Verweisung auf v. Canstein, Lehrb. d. Geschichte und Theorie des österr. Civilprozeßrechtes I. S. 380—384. 3) cf. A. O. Krug, das Internationalrecht der Deutschen, Leipzig. 1851; Seuffert, Komm. über die b. G.O. I. S. 263, N. 11; Osterloh, der ordentl. bürgerl. Prozeß I. S. 187, N. 11; Reatz S. 176, N. 1. 4) cf. dessen Art. 5. 5) cf. dessen Art. 4.

Digitized by Google

einem auf Grund der deutschen Justizverfassung mit der Rechtsprechung betrauten Organ eines deutschen Bundesstaates. Hiermit sind die Privaten ausgeschlossen, aber auch die Gesamtheit der ausländischen Gerichte. Ein ausländisches Gericht zu vereinbaren, ist natürlich den Parteien nicht verboten; aber die Frage ist, ob durch eine solche Prorogation das fremde Gericht nach deutschem Recht als zuständig zu erachten ist. Da nach allgemeiner Ansicht die Bestimmung des § 40 ein jus cogens enthält, so kann sich die Frage nur auf die Fälle beziehen, in welchen auch deutsche Gerichte prorogiert werden können. Hinsichtlich dieser Fälle wird nun aber in Übereinstimmung mit den Motiven [1]) von den meisten Kommentatoren [2]) angenommen, daß eine Prorogation an ausländische Gerichte dieselben zuständig mache. Dieser Auffassung hat sich denn auch das Reichsgericht angeschlossen in einem Urteil des 3. Civilsenates, indem es dort in den Entscheidungsgründen heißt „die Anerkennung der Zuständigkeit der englischen Gerichte als durch stillschweigende Vereinbarung begründet, könne rechtlich nicht beanstandet werden." [3])

Eine andere Meinung hat Planck [4]) geäußert: in § 38 sei offenbar nur von deutschen Gerichten die Rede, nur diese seien unter den Gerichten erster Instanz verstanden; ausländische Gerichte seien ohne Gerichtsgewalt für deutsche Rechtsstreitigkeiten und daher müsse man die Prorogation auf das Ausland für unzulässig, den auswärts gefällten Spruch für unwirksam erachten.

Nach meiner Ansicht ist Planck in dem Punkt beizupflichten, daß die Zulässigkeit der Prorogation ausländischer Gerichte nicht aus § 38 abgeleitet werden kann, da dieser § doch nur deutsche Gerichte im Auge hat; die französischen, englischen u. s. w. Gerichte können nicht „an sich unzuständige Gerichte erster Instanz" im Sinne des § 38 sein. Allein entscheidend für die Frage, wie sich das deutsche Recht zu einer Prorogation nach dem Ausland stellt, muß doch die Behandlungsweise sein, die einem im Ausland gefällten Urteil nach dem deutschen Zwangsvollstreckungsrecht zu Teil wird. Wird einem solchen Urteil der Vollstreckungstitel gewährt, — und der Vollstreckungstitel eines ausländischen Urteils im Inland ist immer

---

1) Bei Hahn, Materialien II. 1. S. 432. 2) Seuffert, Komm. zu § 38, N. 1; S. 44; Struckmann-Koch S. 707, Bem. 5 zu § 661.
3) cf. Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. 7, S. 406 ff.
4) Lehrbuch I. S. 80 f; N. 23 zu § 21.

Digitized by Google

das inländische Vollstreckungsurteil[1]) — so ist damit die Prorogation nach dem Ausland als rechtsgiltig anerkannt. Die weitere Untersuchung hat sich also darauf zu richten.

Hierbei kommt § 661, Ziff. 3 in Betracht. Es heißt dort „das Vollstreckungsurteil ist nicht zu erlassen . . . . . 3) wenn nach dem Recht des über die Zwangsvollstreckung urteilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört." Nun nimmt zwar Planck an, es folge daraus nur „daß eine ohnehin dem Ausland angehörige Rechtsstreitigkeit für das Inland wirksam auch durch ein mittels Prorogation zuständig gewordenes, ausländisches Gericht entschieden werden kann." Allein mir scheint diese Auslegung nicht richtig zu sein; es dürfte vielmehr damit ausgesprochen sein, daß der deutsche Richter die Grundsätze seines Prozeßrechtes, also auch die über Prorogation anzuwenden hat bei Prüfung der Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes.[2]) Es werden nicht die Grundsätze der deutschen Gerichtsverfassung als maßgebend für jene richterliche Prüfung erklärt, nach diesen müßte wohl die Beantwortung im Sinne von Planck ausfallen; es wird vielmehr unsere Kompetenzregelung als entscheidend erklärt.

Daraus ergibt sich dann der Satz, den Wach[3]) ausgesprochen: „mit der Anerkennung unserer Kompetenzgründe als der maßgebenden für die Entscheidung der beregten Zuständigkeitsfrage werden die Prorogationsregeln für diese mitbestimmend." — Aus diesem Grunde also, weil bei dem durch Prorogation an ausländische Gerichte gelangten Rechtsstreit einem von diesen Gerichten gefällten Urteil das Vollstreckungsurteil erteilt werden kann, — halte ich diese Prorogation für zulässig, so gewiß es andrerseits auch ist, daß diese Befugnis nicht in § 38 ausgesprochen ist.[4])

---

1) So Wach in s. „Vorträgen über die Reichscivilprozeßordnung" S. 228. Daß dieser Schriftsteller wie die hier vertretene Ansicht, die Zulässigkeit der Prorogation an ausländische Gerichte, nicht aus § 38 ableitet, scheint mir dadurch ausgesprochen zu sein, daß er im Handbuch Bd. I. die Frage nicht in § 43 III. behandelt, sondern in § 19 „Herrschaftsgebiet des Prozeßrechtes" S. 233. 2) Ueber die Motive zu vergl. Seuffert, Komm. S. 742.
3) Vorträge S. 230; übereinstimmend die bei Seuffert S. 743 Angeführten.
4) Daß durch diese Bestimmung „ein sehr schwankendes und schwächendes Element in die weise Vorschrift des § 661, 3) hineingebracht ist," gibt auch Wach zu und stimmt in diesem Punkt mit Planck überein; allein dies ist lediglich eine Erwägung de lege ferenda.

Digitized by Google

Ferner kann nur die Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichtes vereinbart werden. — Ist dies auch in § 38 nicht ausdrücklich gesagt, so ergibt es sich doch aus dem Verhältnis der ordentlichen und besondern Gerichte zu einander. Die Sondergerichte haben in den ihnen nicht ausdrücklich zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten überhaupt keine Gerichtsbarkeit, welche wir doch als erstes Erfordernis der Prorogation kennen gelernt haben; dazu kommt, — was Hellmann[1]) und Gaupp[2]) richtig hervorgehoben, daß die Civilprozeßordnung, daher auch ihre Bestimmungen über Prorogation nur für solche bürgerliche Rechtsstreitigkeiten gelten, welche vor die ordentliche Gerichte gehören. — Ob dagegen umgekehrt für einen an sich vor die Sondergerichte gehörigen Rechtsstreit durch Prorogation ein ordentliches Gericht zuständig werden kann, bestimmt sich auf Grund des E.G. zum G.V.G. § 3 Abs. 1 und 3 und nach E.G. zur C.P.O. §. 3. Nach diesen Bestimmungen kann nämlich die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch landesgesetzliche Bestimmung den ordentlichen Gerichten übertragen werden. Findet eine solche Übertragung statt, so finden die Rechtssätze der C.P.O., daher auch die Bestimmungen über Prorogation bei Behandlung der übertragenen Rechtsstreitigkeiten nur insofern statt, als es die Landesgesetzgebung bestimmt.[3])

Prinzipiell handelt es sich also bei der Prorogation nur um die ordentlichen Gerichte und die ihnen zur Entscheidung zugewiesenen Sachen.

Eine weitere Ausscheidung ergibt sich durch die Bestimmung, daß nur Gerichte erster Instanz prorogiert werden dürfen: das heißt, alle Rechtsmittelgerichte, die Oberlandesgerichte, das Reichsgericht und das bayerische oberste Landesgericht können nicht vereinbart werden, ein örtlich unzuständiges Landgericht dann nicht, wenn es als Rechtsmittelinstanz in Betracht kommt: es ist also, um den

---

1) Lehrbuch S. 128. 2) Commentar I. S. 123. 3) Ein Beispiel hiefür teilt Gaupp, Komm. I. S. 123 mit; das württembergische Ausführungsgesetz zur Civilprozeßordnung Art. 3 Abs. 2 hat in Betreff der vor die württembergischen Gemeindegerichte gehörigen Rechtsstreitigkeiten bestimmt, daß sie vor die ordentl. Gerichte gebracht werden können, diese aber ablehnen können, indem sie ihre Unzuständigkeit aussprechen. — Zu vergl. Seuffert, Komm. zu § 38 Bem. 1, Abs. 5 S. 44.

Digitized by Google

von Wach [1]) eingeführten Terminus zu gebrauchen, die funktionelle Zuständigkeitsordnung gänzlich der Verschiebung durch Vereinbarung entzogen.

Gerichte erster Instanz sind nach der deutschen Gerichtsverfassung die Landgerichte und Amtsgerichte. Hinsichtlich dieser Gerichte bestimmt die sachliche Zuständigkeitsordnung, in welchen Rechtsstreitigkeiten ein Landgericht, in welchen ein Amtsgericht „gesetzlich" zuständig ist, wie die örtliche Kompetenzordnung besagt, welches von allen Landgerichten, welches von allen Amtsgerichten in concreto zuständig ist. Und diese Bestimmungen über die örtliche und sachliche Zuständigkeit sind nach § 38 vorbehaltlich wichtiger Einschränkungen dispositives Recht. —

Eine besondere Betrachtung erheischt noch die Zulässigkeit der Prorogation in Handelssachen, das heißt in Rechtsstreitigkeiten, die nach G.V.G. § 101 vor die Kammer für Handelssachen gehören. — Nach den Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes ist das Verhältnis zwischen beiden Kammern folgendes: beide zusammen sind Träger der landgerichtlichen Kompetenz, beide zur Entscheidung der gleichen Rechtssachen ex lege befähigt, [2]) allein nicht auch in gleichem Umfang verpflichtet: die Kammer für Handelssachen nämlich nur da, wo irgend welche der in G.V.G. § 101 aufgezählten Rechtsstreitigkeiten vorliegen. Entscheidend für die Befassung der einzelnen Kammer kann aber auch der Antrag des Beklagten auf Verweisung an die andere Kammer werden. Wird dieser nicht gestellt, so kann die Kammer für Handelssachen, und muß die Civilkammer die ihr nicht gesetzlich zugewiesene Sache entscheiden. Demnach ist die uns beschäftigende Frage die: können die Parteien außergerichtlich einen Verzicht auf den Antrag vereinbaren? — Hat dieser außergerichtliche Prorogationsvertrag prozessuale, unmittelbare Wirkung?

Es handelt sich nicht darum, ob die betreffende Kammer durch ein derartiges Rechtsgeschäft zuständig werden kann; denn zuständig

---

1) Handbuch I. S. 499 N. 23. Über diese Bezeichnung vergl. Planck N. 1 S. 24, zu § 6; für dieselbe Birkmeyer in der Rezension des Handbuchs von Wach in der Mecklenb. Ztschr. VI. S. 191 f. — Ausführlicher als unsere Prozeßordnung bestimmte Bayern, Art. 38 „im ersten Rechtszuge .... —" 2) Auch die Kammer für Handelssachen ist befugt, wenn sie nicht abgelehnt wird, Personenstands- oder Ehesachen zu verhandeln. Daß dies im Entwurf nicht beabsichtigt war, ändert nichts an der lex lata; zu vergl. Wach Handb. I. S. 365.

Digitized by Google

ist das Landgericht, nicht die einzelne Kammer desselben; und nicht um eine Zuständigkeitsnorm handelt es sich bei der gesetzlichen Geschäftsverteilung zwischen beiden Gerichtsabteilungen, sondern um den im G.V.G. § 101 normirten, für die folgenden §§ maßgebenden Begriff der „Zugehörigkeit."[1]) — Zugehörigkeit kann nicht durch Parteivereinbarung verliehen werden, wie Zuständigkeit; und demnach scheint es fast, als ob C.P.O. § 38 hier gänzlich unanwendbar wäre, wo es sich nicht um zwei selbständige Gerichte, sondern um zwei demselben Gericht angehörige Kammern handelt, zwischen denen eine ungleich verteilende Geschäftsabgrenzung waltet und von denen überhaupt nur die Civilkammer als dem Landgericht wesentlich erscheint.[2]) — Eine direkte Anwort gibt also § 38 nicht; [3]) und doch kann kein Zweifel bestehen, daß die Parteien auch hier eine außergerichtliche Prorogation mit nicht nur civilrechtlicher, sondern auch prozessualer Wirkung abschließen können. Zunächst wird das Landgericht, dem die prorogierte Kammer angehört, zuständig, wenn es an der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit fehlen sollte. — Die weitere Wirkung beschränkt sich darauf, daß durch den fraglichen Vertrag dem Antragsberechtigten im Verfahren vor der prorogierten Kammer die Befugnis entzogen ist, den Antrag zu stellen. — Dadurch wird der Prozeß zwar noch nicht eine vor die Civilkammer oder vor die Kammer für Handelssachen gehörige Sache; und wenn der Vertrag die Entscheidung durch letztere zum Gegenstand hat, so kann durch die

---

1) Allerdings sprechen Wach I. S. 365 u. an andern Stellen, Planck, Lehrb. I. S. 91 von „Zuständigkeit der Kammer;" allein das Gesetz vermeidet diesen Ausdruck; daher der Vorschlag von Wernz in Hauser's Ztschrft. III. S. 343, dieses Verhältnis zwischen Streitsachen und Gericht als „Zugehörigkeit" im Gegensatz zur Zuständigkeit zu bezeichnen. — Dagegen aber Hauser ebenda III. S. 391. Die unterscheidende Bezeichnung scheint mir immerhin gerechtfertigt, wo Unterschiede in der Sache und Behandlung vorliegen. 2) Hierüber Wach, Handb. I. S. 358; Planck, Lehrb. I. S. 4 f. 3) Anders noch der § 38 des Entwurfes (cf. Hahn, Mater. II. 1 S. 8.) Diesem schwebte noch die Einrichtung besonderer Handelsgerichte (über diesen Plan vergl. die Verhandlungen bei Hahn II. 1 S. 527) vor, und er bestimmte demnach in Abs. 2: „Ein Handelsgericht ist befugt, in Rechtsstreitigkeiten, welche nicht zur Zuständigkeit der Handelsgerichte gehören, der Vereinbarung entgegen sich für unzuständig zu erklären, so lange nicht eine mündliche Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und auf dieselbe ein Beschluß verkündet ist." — Der Absatz wurde durch Aufgeben jenes Planes gegenstandslos. S. Hahn II., 1. S. 534/5.

Digitized by Google

Civilkammer nach G.V.G. § 104 Abs. 4, durch die Handelskammer selbst nach § 103, Abs. 2 die beabsichtigte Prorogation immer noch vereitelt werden. — Es ist dies der einzige Fall, in dem der Reichsgesetzgeber — zunächst mit Rücksicht auf die besondere Zusammensetzung der Kammer — dem Gerichtsorgan ein Ablehnungsrecht eingeräumt hat,[1]) welches erst erlischt, wenn die Verhandlung zur Hauptsache begonnen, und auf Grund derselben ein Beschluß verkündet ist.[2]) — Allein den Verweisungsantrag hat die betreffende Partei durch den Vertrag verwirkt, und im Verfahren vor der Civilkammer, wo dessen Nichtgebrauch entscheidend ist für die Befassung mit der Sache, können demnach die Parteien durch außergerichtlichen Vertrag prozessualisch wirksam prorogieren.

Diese allgemein vertretene Ansicht,[3]) daß, soweit der Verweisungsantrag in Betracht kommt, die Parteien schon außergerichtlich denselben verwirken können, scheint nur Hellmann[4]) nicht zu teilen, wenn er lehrt: „Da wo nicht das Gericht von Amtswegen die Verweisung aussprechen darf, können die streitenden Teile durch Unterlassung der Verweisungsanträge auf Grund einer Vereinbarung jeden Landgerichtsprozeß nach ihrer Wahl vor die Civilkammer oder Kammer für Handelssachen bringen." Er legt demnach wohl erst dem vertragsmäßigen Handeln im Prozeß, nicht dem außergerichtlichen Rechtsgeschäft prozessuale Bedeutung bei.

Allein zur herrschenden Ansicht führt vor allem die unverkennbare Analogie zwischen der Unzuständigkeitseinrede und dem Verweisungsantrag: beide von ähnlicher juristischer Bedeutung, beide unter dem Präklusionsprinzip stehend — indem jene nach C.P.O. § 247, dieser durch das „Verhandeln zur Sache" verwirkt wird — stehen sie auch unter dem gemeinsamen Satz, daß ein außergerichtlicher Verzicht prozessuale Wirkung habe, nicht blos zivilrechtlich zum Nichtgebrauch des Rechtsbehelfes verpflichte. Expressis verbis ist dieser Rechtssatz allerdings nur bezüglich der Unzuständigkeit ausgesprochen; aber unabweisbar folgt daraus, daß der Beklagte sich mit prozes-

---

1) Wach I. S. 367 bemerkt mit Recht, daß erst im Zusammenhalt mit dieser Offizialbefugnis die zeitliche Beschränkung des Verweisungsantrages und die Erstreckbarkeit der Gerichtsgewalt ein verändertes Aussehen bekomme und nur dadurch practischen Übelständen vorgebeugt werde. 2) arg. G.V.G. § 103, Abs. 2. 3) Westerburg in den Beiträgen zur Erl. d. d. R. Bd. 21, S. 597; Wach, Handbuch I. S. 368. „Die Parteien werden durch diesen Vertrag gebunden, wenn schon seine Realisierbarkeit davon abhängt, daß die Handelskammer nicht ablehnt." Planck, Lehrb. I. S. 42/3; Struckmann-Koch Bem. 3 zu G.V.G. § 103 S. 1042 in der 3. Aufl. 4) Lehrbuch, S. 87.

Digitized by Google

sualer Wirkung einem bestimmten Gericht unterwerfen kann, der weitere Satz: daß er sich auch, soweit Parteirechte in Frage stehen, einer bestimmten Gerichtsabteilung durch Verzicht auf sein Ablehnungsrecht unterwerfen kann. Eben jener Grundsatz des modernen Rechts überhaupt, des § 38 insbesondere, daß, wo Verzicht auf ein Recht gestattet ist, der Vertrag über spätere Nichtausübung des Rechtes dasselbe von vornherein beseitigt[1]), verlangt, konsequent durchgeführt, die gegebene Entscheidung. — Eine prozessuale Wirkung hat demnach der außergerichtliche Prorogationsvertrag auch hier: nur freilich wirkt er nicht Zuständigkeit der betreffenden Kammer oder auch nur Zugehörigkeit der betreffenden Sache zur Kammer. — Was insbesondere erstere anlangt, so ist sie nicht Attribut einer einzelnen Kammer, sondern des betreffenden Landgerichts; die Civilkammer ist nicht zuständig und ebensowenig die Kammer für Handelssachen, wohl aber beide zusammen Träger der landgerichtlichen Zuständigkeit. Dies ist auch die Auffassung des Gesetzes und fassen wir das Verhältnis so, dann ist auch die Erscheinung, daß der einzelnen Kammer gegenüber trotz Zuständigkeit des Gerichtes ein Ablehnungsrecht einer Partei besteht, durchaus keine Widerlegung des Satzes, daß gegenüber dem zuständigen Gericht es kein Ablehnungsrecht gebe. — Wir gewinnen folgenden Rechtssatz: Durch gerichtliche oder außergerichtliche Prorogation einer bestimmten Kammer verliert gegenüber derselben die zum Verweisungsantrag berechtigte Partei, die Möglichkeit, denselben geltend zu machen. Endlich noch Folgendes: für die in G.V.G. § 101 aufgezählten Rechtsstreitigkeiten sind die Landgerichte nicht nur nicht ausschließlich, sondern überhaupt nur insoweit zuständig, als es sich um solche Rechtsstreitigkeiten handelt,[2]) die in erster Instanz durch G.V.G. § 70 den Landgerichten zugewiesen sind; nur diese sind demnach Handelssachen im eigentlichen Sinn. Wie aber die Kompetenzregel des § 70, beziehungsweise des § 23 überhaupt der Parteidisposition unterliegt, so auch dann, wenn es sich um Rechtsstreitigkeiten handelt, die insofern Handelssachen sind, als sie einer der in § 101 aufgezählten Kategorien entsprechen. Daraus folgt, daß ein Amtsgericht prorogiert werden kann, wo es sich um eine eigentliche Handelssache handelt, umgekehrt ein

---

1) Auf diesen Grundsatz verweist — allerdings in anderm Zusammenhang — hinsichtlich der Prorogation Planck, Lehrb. I. S. 79. 2) Planck, Lehrbuch I. S. 41; Hellmann, Lehrb. S. 85.

Digitized by Google

Landgericht da, wo ein nur dem Wert des Streitgegenstands nach nicht unter § 101 subsumierbarer Fall in Frage steht.

Kaum einer Erwähnung bedarf, daß auch hier die örtliche Kompetenzregelung der Parteidisposition unterliegt.

Wurden bisher Normen der deutschen Justizverfassung, also insbesondere Rechtssätze des Gerichtverfassungsgesetzes erörtert, welche als Schranken der Prorogation erscheinen, so erübrigt nunmehr die weitern, prozeßrechtlichen Beschränkungen kennen zu lernen, welche der Parteidisposition auferlegt sind.

§ 5. Fortsetzung.

Hiebei handelt es sich nur um den Absatz 2 des § 40 der C.P.O.; denn die Bestimmung des ersten Absatzes enthält zwar auch eine wichtige Beschränkung der Zuständigkeitsvereinbarung, aber eine Beschränkung anderer Art; diese kommt nur beim außergerichtlichen Prorogationsvertrag in Betracht, ist daher füglich erst da zu behandeln, wo wir uns mit der Erörterung über dessen möglichen Inhalt beschäftigen.[1]) Hier handelt es sich demnach nur um Abs. 2. Dieser aber lautet:

„Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist."

Damit sind zwei Bestimmungen gegeben, die zusammengehören; denn sie beziehen sich zum Teil auf dieselben Fälle, d. h. in mehreren Fällen ist für nichtvermögensrechtliche Klagen ohnehin ein ausschließlicher Gerichtsstand aufgestellt:[2]) beide Vorschriften sind der gleichen gesetzgeberischen Erwägung entsprungen, beide haben denn auch die Motive im Auge, wenn sie bemerken „daß § 40 verhindere, daß die vom Gesetz aus besondern Rücksichten im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffenen Kompetenzbestimmungen geändert werden."[3])

ad. 1) Für alle nichtvermögensrechtlichen Rechtsstreitigkeiten sind von vornherein ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes nur die Landgerichte zuständig;[4]) durch die ebengenannte Bestimmung können ihnen auch diese Sachen nicht entzogen werden durch Prorogation. Hiebei ging, wie Hellmann[5]) bemerkt, der Gesetzgeber von der Annahme aus, daß überall, wo nicht ein ver-

---

1) In Kapitel 4. § 3 „Personen und Gegenstand des Vertrages." — 2) Beispiel: C.P.O. § 568, Abs. 1. 3) Bei Hahn, Materialien II. 1. S. 161. 4) arg. G.V.G. § 70 Abs. 1 vbd. § 23 Abs. 1. 5) Lehrbuch S. 74.

Digitized by Google

mögensrechtliches, sondern ein rein personenrechtliches Interesse auf dem Spiel steht, eine Angelegenheit von großer Tragweite vorliegt. Indem hier die Prorogation ausgeschlossen ist, wird erreicht, daß alle die betreffenden Rechtsstreitigkeiten mittels der „präsumtiv bessern Rechtsprechung des Kollegialgerichtes" und zwar eines durch seine Lage wiederum die meisten Garantien einer guten Rechtsprechung bietenden Kollegialgerichtes erledigt werden.

Der hiebei interessirende Begriff der „nichtvermögensrechtlichen Rechtsansprüche" ergibt sich aus dem entgegengesetzten der „vermögensrechtlichen" [1]). Letzterer aber ist vom Gesetz an mehreren Stellen verwendet, so G.V.G. § 23; E.G. zur C.P.O. § 5, C.P.O. § 21, Abs. 1 § 24, § 508, § 649 Nr. 4. Aber der Ausdruck „Anspruch" ist zu eng, oder vielmehr, es muß hier, wie an andern Stellen der Prozeßordnung, unter dem „Anspruch" das des Rechtsschutzes bedürftige materielle Recht verstanden werden [2]), und dies ist ein vermögensrechtliches, wo immer es sich um ein vermögenswertes Rechtsverhältnis als um den Gegenstand des Prozesses handelt [3]).

Daraus folgt: wenn die Behauptung eines nichtvermögensrechtlichen Verhältnisses nur als Grund für eine vermögensrechtliche Forderung geltend gemacht wird, also etwa die Behauptung außerehelicher Kindschaft als Grund für Alimentenforderung, so liegt ein vermögensrechtlicher Anspruch vor, ein Prozeß, für welchen das Amtsgericht nach G.V.G. § 23 Nr. 2 Abs. 6 zuständig ist und hinsichtlich dessen auch Prorogation Platz greifen kann. Soweit dagegen das betreffende Civilrecht einen Anspruch auf Anerkennung außerehelicher Kindschaft oder Verwandtschaft ohne Antrag auf vermögensrechtliche Leistungen, als bloße Statusklagen zuläßt [4]), ist die landgerichtliche Zuständigkeit begründet und Prorogation ausgeschlossen.

Nichtvermögensrechtliche Ansprüche sind nach dem Gesagten alle Ehesachen, Prozesse über Nichtigkeits-, Ungiltigkeitserklärung oder Scheidung der Ehe, über Wiederherstellung des ehelichen Lebens, Kla-

---

1) Über diesen längere Ausführungen bei den Kommentatoren zu C.P.O. § 21, so bei Struckmann-Koch S 18 Bem. 2; Seuffert S. 22 Bem. 2; Wach, Handbuch I. S. 352 zu N. 4, S. 414 zu N. 1, S. 419 zu N. 12. 2) Über den „Anspruch" in der Civilprozeßordnung enthält vorzügliche und ungemein sorgfältige Ausführungen Wach's Handb. I. S. 293 ff. N. 22 daselbst ff. 3) So Wach I. S. 415; Hellmann S. 106. 4) cf. § 25 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875, betreffend die Beurkundung des Personenstandes.

Digitized by Google

gen auf Erteilung des erforderlichen Konsenses zur Verehelichung u. s. w.

ad 2) Daneben findet sich die Vorschrift, daß eine Vereinbarung unzulässig sei, „wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist." Jedenfalls ist hiemit ausgesprochen, daß z. B. das in C.P.O. § 25 als ausschließliches bezeichnete forum rei sitae nicht durch Prorogation umgangen werden darf. Indessen knüpft sich daran die folgende Erwägung: das forum rei sitae ist freilich von Gesetzeswegen immer nur ein Gericht, nämlich nach dem Wort des Streitgegenstandes das Amtsgericht oder Landgericht, in deren Gerichtsbezirk die Immobilie liegt. Kann nun aber nicht von diesen beiden Gerichten ein bestimmtes, gesetzlich unzuständiges als Prozeßgericht vereinbart werden? Darauf erteilt § 40 keine direkte Antwort; scheinbar schließt er jegliche Prorogation immer dann aus, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand fundiert ist. Allein dem Wortlaut ist die ratio legis entschieden vorzuziehen; wenn der Gesetzgeber ein überwiegendes Interesse an der Aufrechterhaltung des Immobiliarforums hat, so kann dieses nur darin bestehen, daß in dem durch die Lage der Sache bestimmten Gerichtsbezirk die Entscheidung des Prozesses erfolge, es kann nicht beteiligt sein an der Regelung der Frage, ob das höhere oder niedere der gleichgelegenen Gerichte mit der Sache befaßt werde.

Daraus dürfen wir unbedenklich schließen, daß diese Art von Prorogation auch gegenüber dem Gerichtsstand der belegenen Sache gestattet ist.

Demnach steht fest, daß der Ausdruck des Gesetzes jedenfalls in dieser Beziehung zu eng ist; zu eng ist er aber auch nach einer andern Seite [1]). Wie steht es mit der ausschließlichen sachlichen Zuständigkeit? Ist Prorogation gestattet auf die Amtsgerichte in Prozessen, die ausschließlich den Landgerichten zugewiesen sind? § 40, Abs. 2 beantwortet auch diese Frage nicht direkt. Auch kann bei dem feststehenden Sprachgebrauch des Gesetzes, wonach Gerichtsstand örtliche Zuständigkeit bedeutet, die von mehreren Kommentatoren, so von Struckmann-Koch [2]), Kleiner [3]), Puchelt [4]) und Gaupp [5]) vertretene Interpretation nicht gebilligt werden, wonach hier unter „Gerichtsstand" im Sinne der Redaktoren örtliche und sachliche

---

1) So mit Recht Planck, Lehrbuch I. N. 30 zu § 21 S. 81. 2) Kommentar, 3. Aufl. S. 36, Bem. 2 zu § 40, S. 1025, Bem. 2 zu G.V.G. § 70 3) S. 217 im Komm. 4) II. S. 305. 5) I. S. 129 IV.

Digitized by Google

Zuständigkeit zu verstehen sei. Dagegen hat sich mit Recht Kleinfeller[1]) erklärt, dem meines Erachtens nur darin nicht beigepflichtet werden kann, daß diese Interpretation, wenn zulässig, doch nicht entnehmen ließe, über welche Art der Zuständigkeit die Vereinbarung ausgeschlossen sein soll[2]). Wäre dieser Ausweg eröffnet, so läge von vornherein klar, daß der Gesetzgeber überall nur nach der Richtung die Prorogation ausschließen will, nach der die Kompetenz-Norm ausschließende Bedeutung hat.

Es ist aber nicht das Wort „Gerichtsstand" als örtliche und sachliche Zuständigkeit zu verstehen, sondern die Bestimmung des § 40, Abs. 2 analog auf die nicht genannte sachliche Zuständigkeit auszudehnen[3]); wie andrerseits durch die Statuierung einer ausschließlichen örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit der Gesetzgeber nur die Prorogation nach der Richtung hin unmöglich macht, in welcher die ausschließliche Kompetenzbestimmung erfolgt ist, also nach der örtlichen oder sachlichen, oder nach beiden.

Im Resultate stimmen denn auch damit alle Schriftsteller überein, die sich darüber geäußert haben[4]). Die gesetzliche Bestimmung ist demnach die: Zuständigkeitsvereinbarung ist ausgeschlossen in der Richtung, in welcher eine vorliegende gesetzliche Kompetenzbestimmung einen alle andern Gerichte ausschließenden Sinn hat.

Der damit aufgestellte Rechtssatz verlangt aber konsequente Anwendung sogar auf die Fälle, für welche der Gesetzgeber ein Gericht von bestimmter Lage und Gattung bestellt hat. Trotz einer doppelten Ausschließlichkeit ist auch hier eine Konkurrenz von mehreren zuständigen Gerichten möglich, weil die ausschließliche Zuständigkeit nicht Negation einer Mehrheit von Gerichten ist[5]). So ist in Ehesachen gewiß immer dasjenige Landgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk das Domizil des Ehemannes liegt[6]). Wie aber dann,

---

1) Gerichtsstand der Widerklage S. 58; auch behauptet Kl. nicht (wie Wach, Handb. I. S. 499 N. 23 fälschlich anzunehmen scheint), daß die Bestimmungen über die Pror. sich nicht auf sachliche und räumliche Kompetenz beziehen, er stellt dies nur hinsichtlich des § 40, Abs. 2 mit Recht in Abrede. 2) S. 61 a. a. O. 3) Dies thut auch Seuffert, Komm. zu § 40 Bem. 2 S. 48. 4) Zu vergl. außer den schon Genannten Uebel, Kommentar I. S. 44; Petersen I. S. 68; Wilmowski-Levy zu § 40; Renaud in der Ztschr. f. d. Civilprozeß V. S. 54; Westerburg, Beiträge 21 S. 589; indirekt Fitting in der Formulierung seines generellen Zuständigkeitsprinzips Arch. 63 S. 245, dazu Note 21. 5) So mit Recht Wach, Handbuch I. S. 512 gegen Hellmann, Lehrbuch S. 142. 6) arg. C.P.O. § 568 Abs. 1.

Digitized by Google

wenn der Ehemann mehrere Domizile hat? [1]) — Dann sind jedenfalls mehrere zuständige Gerichte gegeben, und es fragt sich nur, ob hier durch Prorogation ein bestimmtes Gericht unter denselben ausschließlich zuständig werden kann. Nehmen wir einstweilen an, was unten ausführlich zu erweisen ist [2]), daß die Parteien auch ein Gericht als ausschließlich zuständiges vereinbaren können, so müssen sie dieselbe Befugnis auch hinsichtlich mehrerer zuständiger Gerichte haben, und wir dürfen nicht zweifeln, daß die Parteivereinbarung auch rechtswirksam da stattfinden kann, wo die gesetzlich ausschließliche Zuständigkeit nach beiden Richtungen hin statuiert, in concreto aber gleichwohl mehr als ein Forum fundiert ist. Führt auch diese Ansicht dazu, scheinbar gegen den Willen den Gesetzgebers selbst in nichtvermögensrechtlichen Rechtsstreitigkeiten Prorogation zuzulassen, so ist sie doch durchaus rationell [3]); denn mit dem Verbot derselben z. B. in Ehesachen bezweckt das Gesetz doch nur dies, daß die Behandlung derartiger Rechtsstreitigkeiten einmal den Kollegialgerichten uud dann von allen Landgerichten dem gewahrt werde, von dem nach seiner Lage am Domizil des Ehemanns eine der Wichtigkeit des Prozesses entsprechende Garantie für eine gute Rechtssprechung geboten ist. Trifft aber dieses Moment bei mehreren Landgerichten zu, so hat an der Frage: „Welches von ihnen" der Gesetzgeber kein weiteres Interesse: er läßt das klägerische Wahlrecht Platz greifen, also gewiß auch die zweiseitige Parteidisposition entscheiden.

Der Schluß ist, daß auch da, wo ausschließliche Zuständigkeit statuirt ist, aber durch das Gesetz [4]) oder das Vorliegen des Zuständigkeitsgrundes bei mehreren Gerichten *mehrere* Gerichte zuständig sind, die Möglichkeit einer Prorogation in dem Sinn gegeben ist, daß die Konkurrenz derselben durch Vereinbarung eines bestimmten Gerichtes aufgehoben wird.

Zur richtigen Würdigung der Beschränkung, die das Prorogationsrecht durch die Bestimmung des § 40 Abs. 2 erleidet, seien in

---

1) Eine Möglichkeit, die schon das römische Recht anerkennt, in l. 6 § 2 D. ad mun. (50, 1) Ulpianus l. 2 Opinionum. 2) S. 65 ff. 3) Sie vertritt auch der einzige Schriftsteller, der sich darüber äußert, Wach I. S. 512. 4) Denn auch das Gesetz kann, obgleich Gerichte von bestimmter Gattung und Lage als ausschließlich zuständig aufstellend, doch mehrere bestellen und dadurch eine gesetzliche Konkurrenz schaffen (Beispiel § 629, Abs. 2), während das oben angegebene Beispiel den Fall einer faktischen Konkurrenz bietet.

Digitized by Google

Kürze die Bestimmungen angeführt, in denen ausschließliche Zuständigkeit statuiert wird. Es sind die folgenden:

1) Ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte ist ausgesprochen in G.V.G. § 70 Abs. 2. Die in dieser Gesetzesstelle erwähnten Ansprüche haben sämmtlich neben der privatrechtlichen eine staatsrechtliche Seite; darum hat der Gesetzgeber durch die Möglichkeit der Revision auch die einer gleichartigen Rechtssprechung, und damit die Garantie einer wirklichen Rechtseinheit gesichert [1]). 2) Das in C.P.O. § 25 statuierte ausschließliche Immobiliarforum entspricht, den deutschrechtlichen Trationen [2]), und der neuern Gesetzgebung [3]); die Ausschließlichkeit ist aber nicht auf die in denselben Gerichtsstand zu erhebenden persönlichen Klagen des § 26 ausgedehnt [4]). 3) Absolut ausschließliche Zuständigkeit ist normirt für folgende nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten: a) für Ehesachen in § 568 das Landgericht, welches der allgemeine Gerichtsstand des Ehemanns ist, b) für das Entmündigungsverfahren das Amtsgericht, bei welchem der zu Entmündigende seinen allgemeinen Gerichtsstand hat — § 594 [5]), c) für die Anfechtungsklage gegen den die Enkmündigung aussprechenden Gerichtsbeschluß nach § 606; d) für die Wiederaufhebung der Entmündigung § 617, für die darauf bezügliche Klage § 620, für die Anfechtung der Entmündigung § 624, für die Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung § 626. — 4) Hinsichtlich dem im 8. Buch „Zwangsvollstreckung" angeordneten Gerichtsstände schreibt § 707 vor: „Die in diesem Buch angeordneten Gerichtsstände sind ausschließlich" [6]). Zweck dieser Bestimmung ist „daß nicht dieselbe Sache nacheinander zur Entscheidung verschiedener Gerichte gelange" [7]). — Dabei ist nicht ausgeschlossen, daß statt des gesetzlich zuständigen Amtsgerichtes das Landgericht, oder das Landgericht statt des ersteren vereinbart werde, so bei dem Gerichtsstand für die Klage auf Erlassung eines Vollstreckungsurteils § 660, beim Gerichtsstand der

---

1) Hahn, Materialien I. 1, S. 94. 2) Seine Geschichte im ältern deutschen Recht bei Wetzell, System. S. 501, N. 47—49, seine Rechtfertigung de lege ferenda bei Hahn II, 1, S. 155. 3) Hieher gehören die braunschw. Prozeßordn. § 30, das Lippe'sche Gesetz § 9, die württemb. in Art. 45 und die bayr. P.O. in Art. 21 vbd Art. 38, Abs. 2. Z. 6. 4) Ein weiterer Umfang nach Art. 45, Abs. 1 der württemb. und Art. 21 der bayr. P.O. 5) Eine Prorogation wäre hier denkbar, wo es sich um eine Rechtsstreitigkeit handelt, cf. Hellmann, Lehrb. S. 81 III; allein faktisch ist sie ohnehin wohl ausgeschlossen. 6) cf. Bayr. Civilprozeßordn. v. 1869 Art. 840, Abs. 3. 7) Hahn II, 1. S. 448 XIV.

Digitized by Google

sog. Exekutionsintervention, § 690 und beim Gerichtsstand für die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel § 704 Abs. 3; eine weitere Modifikation des Prinzips des § 707 ergibt § 765, Abs. 2[1]). — 5) Im Aufgebotsverfahren ist ausschließliche Zuständigkeit des forum rei sitae für den Fall des § 839, Abs. 2 anerkannt; die Ausschließlichkeit des im Absatz 1 genannten Gerichtsstandes ist durch die Sachlage gegeben, keine rechtliche. 6) Für die Restitutions- und Nichtigkeitsklage sind gewisse Gerichte als ausschließlich zuständig[2]) bezeichnet in § 547, Abs. 1 u. 2. 7) Ausschließliche Zuständigkeit eines bestimmten Amtsgerichtes für das Konkursverfahren wird in K.O. § 64, ausschließliche Zuständigkeit eines bestimmten Landgerichtes oder Amtsgerichtes je nach dem Streitgegenstand[3]), für die Feststellung streitig gebliebener Forderungen in § 134 Abs. 2 eod. bestimmt. 8) Selbstverständlich kann auch in sonstigen Gesetzen zur Geltendmachung irgend eines durch dieselben geregelten Anspruches ein ausschließlicher Gerichtsstand bestimmt werden; eine solche Norm enthält z. B. Art. 190, Abs. 2, der Aktiennovelle v. 18. Juli 1884; die Klage auf die Ungiltigkeitserklärung eines Beschlusses der Generalversammlung ist nur vor dem Landgericht zu erheben, in dessen Bezirk diese Gesellschaft ihren Sitz hat[4]). — Bestritten ist endlich, welchen Sinn in dieser Beziehung § 834 Abs. 2 hat. Dieser § normiert einen Gerichtsstand für die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil im Aufgebotsverfahren. Durch die Bestimmung, daß ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes das Landgericht zuständig ist, wollte man die Möglichkeit einer Revision, der Rechtsprechung des Reichsgerichtes in der Materie „Anfechtungsgründe" sichern. Endemann[5]) nimmt an, daß man auch die örtliche Zuständigkeit als ausschließlich dem Landgericht des Aufgebotsverfahren zugewiesen erachten müsse. Allein in der von sonstigen Kompetenzbestimmungen allerdings abweichenden Fassung des Absatzes 2 ist gewiß nur eine Vorschrift dahin zu erblicken, welche Gerichte zuständig seien; daher werden wir mit der Mehrzahl der Schriftsteller die Möglichkeit der Prorogation eines Amtsgerichtes für zulässig erklären müssen[6]).

---

1) Eine „scheinbare Ausnahme" wie Planck, Lehrb. I. S. 81, N. 31 zu § 21 bemerkt. 2) Und zwar in örtlicher und sachlicher Beziehung, Seuffert, Komm. Bem. 1 zu § 547, S. 638. 3) So daß Landgericht, bzw. Amtsgericht prorogiert werden kann. 4) Ein anderes Beispiel bei Planck, Lehrb. I. S. 65, Bem. 10 zu § 16. 5) Komm. III. S. 419; übereinstimmend v. Bülow, Bem. zu § 834, Abs. 2; Siebenhaar, Komm. S. 735. 6) So

Digitized by Google

II. Capitel.

Die Entwicklung des Prorogationsvertrages.

In welchen Grenzen sich die Disposition der Parteien hinsichtlich des Gerichtsstandes bewegt, ist nunmehr dargelegt; in welchen Formen derartige Vereinbarungen abgeschlossen werden, — also die geschichtliche Entwicklung des Prorogationsvertrages ist hier zu erörtern.

Wenn als formloser Vertrag abgeschlossen, konnte der Prorogationsvertrag im ältern römischen Recht, welches ja den Grundsatz allgemeiner Giltigkeit solcher Verträge keineswegs kannte, keine rechtliche Wirkung ausüben. Zu einer außergerichtlichen Verabredung trieb indeß das Bedürfnis gewiß frühzeitig; und als Bestärkungsmittel derselben diente wohl regelmäßig die stipulatio, bzw.[1]) das vadimonium — als Formen, unter denen eine Konventionalstrafe für den Fall vertragswidrigen Handelns paktiert wurde. Diese civilrechtlichen Bekräftigungsmittel boten hier, was dem damaligen Prozeßrecht mangelte, — ein Kompelle für den Beklagten zur Streitbegründung, die ja nur der bereits gesetzlich zuständige Richter veranlassen, bzw. durch die strengen Contumazialfolgen ersetzen konnte. Hiemit sind bereits die Folgen einer Gerichtsstandvereinbarung im ältern römischen Recht angedeutet; sie zeigt uns deutlich die l. 18 D. de jurisd. (2, 1) von Africanus, lib. 7 quaest. „Si convenerit, ut alius praetor, quam cujus jurisdictio esset, jus diceret et priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur, eiusmodi conventioni stare.“

Die Erörterung dieser Stelle ist unabhängig von der Auffassung der alsbald zu erwähnenden Kodexstelle, und ihre Bedeutung für sich allein durchaus nicht so bestritten wie ihr Verhältnis zu jener. Nur das könnte fraglich sein, wie das „mutata voluntas“ zu verstehen ist. Daß es aber auf den einseitigen Rücktritt von der conventio zu beziehen ist, geht aus zwei durchschlagenden Gründen hervor:

Gaupp, Komm. III. S. 525, Bem. II, 1; Wilmowski-Levy, Komm. Puchelt II. S. 713; Struckmann-Koch S. 901, Bem. 2 zu § 834.

1) So z. B. wenn die Kompetenzverhandlung vor dem praetor urbanus ergab, daß der Beklagte das jus revocandi domum habe, und er nun unter Vereinbarung des praetor peregrinus einwilligt, das vadimonium zum praetor peregrinus zu bestellen.

Digitized by Google

einmal spricht hiefür der vom Juristen gewählte Ausdruck, verglichen mit dem sonstigen Sprachgebrauch der Quellen [1]); dann der Umstand, daß die Worte, wenn von beiderseitigem Zurücktreten verstanden, etwas zu Selbstverständliches ausdrücken würden, als daß wir es dem römischen Juristen zutrauen dürften [2]). Für diese Auffassung unter vielen andern Schriftstellern auch Glück [3]), Brackenhöft [4]), Reatz [5]), Bethmann-Hollweg [6]), Wetzell [7]) und Planck [8]).

Steht dies fest, so besagt die Stelle Folgendes: die Vereinbarung der Parteien, in einem bestimmten Rechtsstreit ein gesetzlich unzuständiges Gericht anzugehen, bindet keinen der beiden Kontrahenten. Damit ist nicht verneint, sondern eher als selbstverständlich weggelassen, daß die dabei etwa stipulierte Konvenionalstrafe verfällt [9]); aber unbeschadet des Rechtes aus der poenae stipulatio bindet die Vereinbarung einerseits noch nicht die Streitteile, andrerseits wird auch der Richter dadurch noch nicht zuständig. Gerade in Bezug auf die prozessuale Wirkungslosigkeit wird uns diese Auslegung der l. 18 D. c. indirekt bestätigt durch die Eingangsworte der l. 1 D. 5, 1: „Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant .... est jurisdictio.“ Also noch nicht die Vereinbarung über die künftige Unterwerfung, sondern erst die Vereinbarung und die darauf folgende Unterwerfung begründen die Zuständigkeit des Gerichtes.

Hiebei entsteht die Frage, in welchen Handlungen sich die aditio vollzog? Offenbar in der ausdrücklichen Erklärung, wenn sich an dieselbe der Streitbeginn anschloß, oder ohne solche Erklärung in konkludenter Handlung. „Letztere aber kann noch nicht darin erblickt werden“. — meint Modestinus [10]) — „daß sich der Beklagte vor dem fraglichen Richter in jure die Formula erteilen läßt.“ — Denn Zweck dieser actionis editio ist nur die Wissenschaft des Be-

---

1) Sehr sorgfältig zusammengestellt bei Reatz S. 95 ff. 2) So mit Recht Wetzel, System S. 480, N. 30; dagegen Kemmerich, de pror. jur. § 10, n. g; aber die Anschauung, der Richter erhalte durch einen Prorogationsvertrag ein wohlerworbenes Recht, ist keine römische, eher eine solche des ältern deutschen Rechtes. 3) III. S. 178 f. 4) Erört. S. 265, N. 4. 5) S. 104. 6) Civilpr. Bd. II. S. 120, N. 15. 7) a. a. O. 8) Lehrb. I. S. 78, N. 6. 9) So auch Planck, a. a. O.; Vulteius, comm. de jur. l. 1 n. 145 sq. Dagegen von einer nuda conventio Bethmann-Hollweg a. a. O. 10) l. 33 D. 2, 1 (l. 3 regularum): „non videtur in judicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem judicem desiderat actionis.“ — Eine nähere als diese negative Bestimmung darüber, was wir unter aditio judicis zu verstehen haben, finden wir in den Quellen nicht.

Digitized by Google

klagten darüber, welcher Anspruch gegen ihn erhoben werde [1]). Dagegen kann der Unterwerfungswille kaum deutlicher ausgedrückt werden als durch die Streiteinlassung. Gilt dies noch von der modernen Streiteinlassung, welche doch den markanten Charakter von ehedem zum größten Teil eingebüßt hat, um wie viel mehr von der feierlichen litiscontestatio des ältern römischen Rechtes! Gleichwohl kann man nicht behaupten [2]), es müsse die aditio judicis, von welcher an die Parteien nach l. 18 D. c. an den Gerichtsstand gebunden sind, gerade die litiscontestatio sein. Um diese prozessuale Wirkung herbeizuführen, genügte gewiß auch ein früheres Stadium des Rechtsstreites, so daß z. B. wenn es im ersten Termin nach der Erklärung des Beklagten nur bis zur editio actionis kam, — was häufig der Fall sein mochte [3]) — der Beklagte bereits an das Gericht als ein zuständiges gebunden war. Zu dem Wesen der aditio gehörte der unmittelbare Prozeßbeginn, als das die subjectio enthaltende Handeln.

Justinian hat das frühere Prorogationsrecht geändert, inwieweit, — war von jeher bestritten. In Betracht kommen hiebei die l. 29 C. de pact. (2, 3) und die l. 51 C. de episc. et cler. (1, 3) — beide aus dem Jahr 531. Der wesentliche Inhalt der letztern, wie der umfangreichern erstern Stelle ist der: „Hat Jemand in einem Vertragsinstrument darauf verzichtet, sein Gerichtsstandsprivileg durch Einrede geltend zu machen, so soll diese Vereinbarung, deren Giltigkeit allerdings früher in Abrede gestellt wurde, den Kontrahenten binden und ihm jenes Recht entzogen sein; auch die Richter haben dies in den Prozessen zu beobachten."

Bevor wir an die Erörterung dieser Stelle herantreten, wollen wir einen flüchtigen Blick auf die darüber aufgestellten Theorien werfen [4]).

Seit den Glossatoren nämlich herrschten verschiedene Auffassungen über das Verhältnis der Digestenstelle zur Verordnung Justinians. Daß der eine Vertrag als giltig, der andere als nicht bindend hingestellt werde, wird in der Glosse stare zu l. 18 D de jur. teils durch die Verschiedenheit des Inhaltes beider Verträge, teils durch

---

1) Bethmann-Hollweg, II. S. 215 ff. Zwischen der editio actionis und dem judicium acceptum wurden außer Andern auch die Kompetenz erörtert; Keller-Wach, S. 241, N. 588. 2) Wie das vielfach geschehen ist; dagegen schon Duarenus bei Reatz, S. 142. 3) Keller-Wach, S. 287. 4) Zum Folgenden zu vergl. insb. Reatz, S. 120 ff.

Digitized by Google

die Notwendigkeit schriftlicher Abfassung, teils durch eine Unterscheidung zwischen Kläger und Beklagten (ersterer habe ein Reurecht) zu erklären versucht. Zur Begründung des gewillkürten Gerichtsstandes werde der ausdrückliche Konsens der Parteien vor dem Richter unmittelbar vor der Streitbegründung gefordert, bis zu jener sei Rücktritt zulässig. — So die Glosse consentiant zu l. 1 D. de jud. und die Glosse adiretur zu l. 18 D. de jurisd. —

Wichtiger und interessanter ist die Auffassung des Durantis[1]), weil dessen Behandlung der Streitfrage in der gemeinrechtlichen Doktrin maßgebend wurde. Wir können dieselbe in seine Worte fassen: „aut agitur de jurisdictione danda aut de jurisdictione non declinanda". Welcher Vertrag ersteres bezwecke, sei bis zur litiscontestatio unverbindlich; der letztere Vertrag dagegen entziehe von vornherein das Gerichtsstandsprivileg.

Hervorgehoben zu werden verdient wohl auch die scharfsinnige Ansicht von Donellus[2]). Wer sich verbindlich mache, sich nicht auf sein Gerichtsstandsprivileg zu berufen („ne ad suum judicem revocaret"), erspare dem Kläger die Notwendigkeit, jenes eximierte Forum aufzusuchen; wer dagegen verspreche, sich vor dem unzuständigen Richter zu stellen, verbinde sich zu einem Handeln („hoc agit, ut ipse obligetur"). Die erstere Vereinbarung zu realisiren, brauche man nur eine exceptio, um die zweite zu erzwingen, eine actio. Diese aber gebe das Civilrecht bei einem bloßen pactum noch nicht. Demnach habe nur die erstere Vereinbarung, der Verzicht auf den privilegirten Gerichtsstand, prozessuale Wirkung. Nur dann, wenn der Unterwerfungsvertrag in Form einer justa et legitima conventio d. h. einer Stipulatio abgeschlossen ist, trete noch das Moment hinzu, daß das forum contractus begründet sei. Hiemit werde für die Klage auf Erfüllung des Unterwerfungsvertrages der prorogierte Richter zuständig. —

Ebenso wie Donellus unterscheidet Vulteius[3]), ob die conventio in Form der Stipulation oder des pactum nudum geschlossen werde. In letzterem Fall sagt er, entsteht eine Verbindlichkeit überhaupt erst durch Angehen des Richters, im ersteren Fall schon früher; eine prozessuale Wirkung aber, die Zuständigkeit des Gerichtes, weder in dem einen noch andern Fall; diese werde erst durch die aditio

---

1) Spec. jur. l. 2 p. 1 de compet. jud. aditione, n. 15, 16. 2) Comment. de jure civ. l. 17 c. 10 n. 319. 3) Comment. ad Cod. de jurisd. l. 1 n. 138.

Digitized by Google

judicis begründet, und darin mache l. 18 c. zwischen beiden Formen des Vertrages keinen Unterschied.

Auch Glück[1]) unterscheidet zwischen der Prorogation, die erst Kompetenz begründe und dem Verzicht auf einen befreiten Gerichtsstand; in der Digestenstelle sei nur ersteres, in der Kodexstelle nur letzteres gemeint. Durch die Prorogation werde der ordentliche Richter in einer gewissen Sache gänzlich ausgeschlossen; der Verzicht auf einen befreiten Gerichtsstand hingegen lege blos dem Berechtigten die Notwendigkeit auf, sich in der gegenwärtigen Sache seines Privilegs nicht zu bedienen, die Gewalt des ordentlichen Richters anzuerkennen. Weil nun nach römischem Recht kein Gerichtsstandsprivileg von der Wirksamkeit gewesen, daß der Privilegierte hiedurch von aller Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters, unter welcher er sonst stünde, gänzlich befreit würde, so sei die Entsagung dieses befreiten Gerichtsstandes insofern giltig gewesen, als der in foro communi wider den Beklagten angestellten Klage nun keine praescriptio fori mehr entgegengesetzt werden könne. In dieser Hinsicht haben die Worte Justinians ihr volles Gewicht; anders bei der Prorogation: sie betreffe das forum, welches jeder nach gemeinem Recht habe; hier könne nur durch freiwillige Einlassung vor dem an sich unzuständigen Richter dieser zuständig werden.

Die Argumentation von Glück beruht also im Wesentlichen auf der schon von Durantis aufgestellten Unterscheidung. Diese Unterscheidung läßt dagegen Reatz[2]), der Hauptvertreter der entgegengesetzten Ansicht, nicht gelten; er findet den privilegierten Gerichtsstand bei Glück unrichtig aufgefaßt und lehrt selbst: der privilegierte Gerichtsstand ist dasjenige Gericht, welches an die Stelle des gemeinen Gerichtes tritt. Das gemeine Gericht, welches, wenn die Partei nicht privilegiert wäre, kompetent sein würde, hat folglich gar keine Kompetenz über sie, nicht einmal eine bloß ruhende, vorläufig in ihrer Wirksamkeit unterdrückte, eventuelle. — Darum sei es unrichtig, beide Verträge, den eigentlichen Prorogationsvertrag und die renuntiatio fori als verschiedene Verträge zu sondern; seine eigene Ansicht geht dahin: 1) Wir besitzen aus dem ältern Recht kein Zeugnis über die Giltigkeit eines außergerichtlichen Verzichtes auf den privilegierten Gerichtsstand und der Unterwerfungsvertrag war nach demselben ungiltig. 2) Justinian erklärte den außergerichtlichen Verzicht auf den privilegierten Gerichtsstand für giltig; dieser

1) Komm. III. S. 173 ff. 2) S. 106 ff.; S. 114.

Digitized by Google

Verzicht ist nichts anderes als der Unterwerfungsvertrag; das ältere Recht wurde von Justinian geändert und der Vertrag der Parteien, wodurch sie sich verpflichten, ihre Sache an einen anderen als den gesetzlich kompetenten Richter zur Entscheidung zu bringen, als vollkommen giltig erklärt.

Auf Seite der älteren, Glück'schen Theorie stehen Wetzell[1]), Linde[2]), Hefftер[3]), Endemann[4]), Francke[5]), endlich Wach[6]), Buelow[7]) und mit einer wesentlichen Modifikation Planck[8]), während die Ansicht von Reatz vorzugsweise an Bethmann-Hollweg[9]), Martin[10]), Bayer[11]), Schmid[12]), Renaud[13]) Birkmeyer[14]) Vertreter fand.

Erörtern wir zunächst dies Argument, daß der prorogierte Richter, wenn nicht als solcher, so doch zuständig werde als Richter des forum contractus wegen der vorliegenden Vereinbarung. Dies Argument hat doch nur die These zu umschreiben „der Richter wird durch die Vereinbarung bereits zuständig, insoweit aus derselben ein klagbares Recht entsteht." Klagbar sind aber nach gemeinem, nach „heutigem römischen Recht" alle Verträge, soweit nicht ihr Inhalt als unsittlich, rechtswidrig oder unmöglich der Wirksamkeit entgegensteht. Also wäre damit doch die prozessuale Giltigkeit eines außergerichtlichen Gerichtsstandsvertrages außer Frage gestellt. Freilich nur für den Fall, daß der Vertrag zwischen den künftigen Streitsteilen wirklich die Verpflichtung auferlegt: „in den Rechtsstreit sich vor dem Gericht einzulassen". Allein dies ist nicht der wesentliche Inhalt des Prorogationsvertrages, es genügt das Versprechen, dem Gericht nicht die Einrede der Unzuständigkeit entgegensetzen zu wollen, oder der gemeinsam erklärte Wille, das Gericht solle zuständig sein. Das vom forum contractus herangezogene Argument versagt also, wenn der Beklagte — was zum Wesen des Prorogationsvertrages genügt, stipulieren würde, er wolle dem Gericht nicht die Einrede der Unzuständigkeit entgegensetzen. Wozu sollte hier der Richter den Beklagten zwingen, wenn er ohnehin nicht erscheint, also auch die Einrede nicht vorschützt?

---

1) System, S. 480, N. 30. 2) Lehrbuch § 101. 3) System § 167. 4) Der deutsche Civilprozeß, S. 234. 5) a. a. O. 6) Arch. 62 S. 384 f.; Handbuch I. S. 500 N. 26. 7) Arch. 64, S. 70, Anm. 41, 42. 8) Lehrbuch I. S. 78, Anm. 6 S. 79. 9) Versuche, S. 12 N. 31; der röm. Civilprozeß II. S. 120 N. 15. 10) Lehrbuch § 60; Vorles. I. S. 371. 11) Vorträge S. 235. 12) Handbuch I. S. 130. 13) Lehrbuch, S. 95, N. 9. 14) Das Verhältnis S. 38, N. 98.

Digitized by Google

Und doch ist auch in letzterem Fall eine positive Handlung stipuliert und somit der Gerichtsstand des Vertrages begründet; denn der wahre Sinn der Vereinbarung „nicht die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben" ist unzweifelhaft der: unter Nichtgebrauch dieser Einrede sich auf den Prozeß einzulassen.

Ferner ist zu untersuchen, welche durch den Kaiser getroffene Rechtsänderung unter allen Umständen feststeht.

Dies ist offenbar die bindende Kraft eines Verzichtes auf ein privilegium fori. Denn daß auch dieser nach älterem Recht den Verzichtenden nicht band, — hiefür spricht einmal die l. 7 D. qui sat. (2,8) von Ulpianus (l. 14 ad edictum). Der Fall ist folgender: ein tauglicher Bürge kann aufgestellt werden; das einzige Bedenken, welches gegen ihn spricht, ist sein Gerichtsstandsprivileg. Aber dieses Bedenken ist derart, daß der Kaiser reskribiert, der Kläger dürfe einen solchen Bürgen zurückweisen — merito recusare petitorem talem fidejussorem; könne man freilich nicht anders helfen, so müsse man vom Bürgen das Versprechen verlangen: er werde sich, wenn belangt, seines Privilegs nicht bedienen: „sed si alias caveri non possit, praedicandum ei, non usurum eum privilegio, si conveniatur". Damit ist meines Erachtens — und ich weiche in der Interpretation dieser Stelle von Reatz[1]) ab — wohl dies ausgedrückt: wer ein solches Privileg hat, kann wohl darauf verzichten, muß es thun, wenn er bei der Bestellung eines fidejussor überhaupt in Betracht kommen will; aber dieser Verzicht hat noch nicht die Wirkung, daß das Gerichtsstandsprivileg aufhört; denn sonst würde dem Kläger wohl nicht die Berechtigung erteilt werden, einen solchen Bürgen zurückzuweisen: der Grund, warum er ihn zurückweisen darf, ist der, daß ein solcher Bürge eben wegen seines Privilegs auch dann,

1) Dieser nimmt an (S. 112 ff.), es habe hier der Beklagte durch das jus revocandi domum ein Wahlrecht unter den verschiedenen Gerichten, wie es sonst „ordentlicher Weise" dem Kläger zustehe. Auf dieses Wahlrecht aber könne verzichtet werden. Hiemit soll der Auffassung vorgebeugt werden, als handle die Stelle von einem Verzicht auf den privilegierten Gerichtsstand. Allein wenn der Beklagte die Wahl hat, sich vor einem bestimmten Gericht nicht belangen zu lassen, so muß dieses Gericht eben unzuständig sein, entweder auf Grund der gewöhnlichen Kompetenzordnung oder eines Gerichtsstandsprivilegs des Beklagten. Daß die Stelle von einem Gerichtsstandsprivileg handelt, dafür überzeugend Planck, Mehrh. der Rechtsstreitigkeiten S. 9, 10, N. 9; Bülow, Prozeßvoraussf. S. 100; München, d. kanon. Gerichtsverf. u. Strafrecht S. 54, N. 4.

Digitized by Google

wenn er darauf verzichtet, problematischen Wert hat[1]); darum soll man ihn als Bürgen auch bei vorausgegangenem Verzicht nur dann nehmen: „si alias caveri non possit". — Fast noch mehr erhellt aus den Worten Justinian's: „licet antea dubitabatur" — daß der außergerichtliche Verzicht auf einen privilegirten Gerichtsstand vor Justinian noch nicht der Einrede beraubte, sondern nur — wegen der etwa beigefügten Stipulatio — zivilrechtliche Wirkungen äußern konnte. Demnach müssen wir annehmen, daß Justinian das Prorogationsrecht jedenfalls in dem Punkt geändert hat, daß ein derartiger Verzicht fernerhin unmittelbare, prozessuale Wirkung haben sollte.

Hier ergibt sich nun die Frage, ob dieser Verzicht auf einen besondern Gerichtsstand seiner juristischen Natur nach von dem eigentlichen Prorogationsvertrag so verschieden ist, daß, was bezüglich des ersteren ausgesprochener Wille des Gesetzgebers ist, auf den andern nicht ausgedehnt werden darf, oder ist durch die l. 29 C. de pact. die außergerichtliche Vereinbarung überhaupt zum Kompetenzgrund erhoben worden?

Die Frage wäre von vorherein ausgeschlossen, wenn sich als bestimmter Wille des Gesetzgebers nachweisen ließe, daß seine Verordnung nur auf die außergerichtliche renunciatio fori sich beziehe. Allein diese Absicht läßt sich bei unbefangener Betrachtung der beiden Codexstellen nicht nachweisen, die vom Kaiser gegebene Motivierung drängt eher zur Verallgemeinerung der aufgestellten Vorschrift; demnach stehen wir doch vor der Frage: dürfen wir bezüglich des Einen als gewollt annehmen, was von dem Andern derselben Gattung ausdrücklich gesagt ist?

Allerdings ist gerade diese Gleichartigkeit beider Verträge von jeher bestritten gewesen; aber wohl mit Unrecht. Das Entscheidende ist, daß in dem einen wie in dem andern Fall es sich um ein Gericht handelt, dem durch Parteivereinbarung die bis dahin fehlende Zuständigkeit verliehen werden soll. Die Theorie, daß wo immer es sich um ein sog. Gerichtsstandsprivileg handelt, das in Frage stehende Gericht bereits zuständig, aber ablehnbar ist, müssen wir vom prinzipiellen Standpunkt aus verwerfen, weil an dem Begriff der Zuständigkeit das Wesentlichste gerade dies ist, daß der zuständige Rich-

1) Nun ist aber die größere oder geringere Leichtigkeit, den Betreffenden zu belangen, ein Hauptgesichtspunkt für den Begriff eines locuples fidejussor; cf. l. 2 pr. D. qui sat. (2, 8).

Digitized by Google

ter den Beklagten zur aktiven oder passiven Beteiligung am Prozeß, zum Rechtnehmen zwingen kann. Diesen Zwang kann gegenüber dem Privilegierten der Richter keines andern als des forum exemptum ausüben; demnach ist hier der in der gemeinrechtlichen Doktrin sog. judex ordinarius unzuständig, nicht blos ablehnbar; und dies war denn auch im gemeinen Recht, wenn nicht bei dieser Kontroverse, so doch sonst allgemein anerkannt [1]),

Demnach handelt es sich auch in der justinianeischen Konstitution um ein Forum, das vorher unzuständig war und nunmehr durch außergerichtlichen Verzicht auf die praescriptio fori zuständig wird, nicht handelt es sich um eine bloß ruhende, in ihrer Wirksamkeit gehemmte Zuständigkeit. Diesen Verzicht hat Justinian für giltig erklärt; und dabei bedürfen wir, wenn einmal der Rechtssatz auch in das spätere gemeine Recht und seine mehr der modernen Gerichtsverfassung entsprechende Kompetensordnung übertragen werden soll, keinen Unterschied machen zwischen subjektiver und objektiver Inkompetenz, zwischen einer Unzuständigkeit, die sich aus dem Privileg eines bestimmten Standes und einer solchen, die sich aus den gewöhnlichen Kompetenzregeln ergibt. —

Es soll indessen von den beiden bisher erörterten Beweismomenten [2]) abgesehen werden: das Entscheidende ist Folgendes.

Forschen wir nach dem Grund, warum im ältern römischen Recht der Prorogationsvertrag wirkungslos ist, so kann derselbe gewiß nicht darin gefunden werden, daß es der römischen Anschauung vom forum prorogatum widersprochen habe, die Parteien vor der aditio judicis an das gewählte Gericht zu binden — es lagen vielmehr allgemeinere Gründe vor, zunächst die Unverbindlichkeit der formlosen Verträge im ältern römischen Recht.

Eine beigefügte Stipulatio konnte allerdings der Gerichtsstandsvereinbarung rechtliche Folgen verleihen; aber dies waren dann eben die Folgen des Formalkontraktes; der formlose Vertrag dagegen mußte wirkungslos bleiben und darum jene Entscheidung an der angeführten Digestenstelle. Die römischen Juristen dachten zu praktisch und

---

1) Daß der privilegierte Gerichtsstand den judex ordinarius ausschließe, zum unzuständigen mache, — dafür vgl. die bei Reatz S. 108 N. 1 angeführten Schriftsteller, insbes. Osterloh, Lehrb. § 78. — Hinzuzufügen wäre noch Glück, Komm. III. S. 323. 2) Nämlich: Heranziehung des forum contractus und die Gleichartigkeit des eigentlichen Prorogationsvertrages mit der renunciatio fori.

Digitized by Google

konsequent, als daß sie einem Vertrag, der zivilrechtliche Wirkung nicht erzeugen konnte, eine prozessuale Wirkung zugeschrieben hätten. So war ihnen auch der Gerichtsstand noch nicht begründet und damit auch die Unterscheidung zwischen zivilrechtlicher und prozeßrechtlicher Wirkung des Vertrages vermieden. Von einem bestimmten Zeitpunkt an mußte die Vereinbarung bindend sein und daß als solcher der Zeitpunkt der zweiseitigen Prozeßbegründung, der litiscontestatio gewählt wurde, ist bei ihrer hohen Bedeutung im ältern Recht sehr erklärlich. — Diese Sachlage hat sich in der Folgezeit geändert. Der Grundsatz allgemeiner Giltigkeit auch formloser Verträge mußte zu der Entscheidung führen, daß die Parteien von dem Augenblick der Vereinbarung an an das forum prorogatum gebunden seien. Damit war aber die Unterscheidung zwischen prozessualer und zivilrechtlicher Wirkung unseres Vertrages veranlaßt. Blieb man nämlich auf dem alten Standpunkt in der Beziehung stehen, daß Kompetenz erst mit der aditio judicis eintrete — und dies scheint in der That so gewesen zu sein — so ging man doch materiellrechtlich darüber hinaus: denn daß die Übereinkunft zivilrechtlich den Beklagten verpflichte, derselben nachzuleben, — in dieser Beziehung haben wir die Worte Justinian's unter allen Umständen von der renunciatio fori auf den gewöhnlichen Prorogationsvertrag auszudehnen und läge das selbst nicht in der Absicht des Kaisers, so würde doch der Grundsatz des neueren Rechtes „daß überall die im Vertrag versprochene Leistung selbst verlangt und nötigen Falls erzwungen werden kann“ [1]) dies verlangen. — Justinian spricht also allerdings nicht den modernrechtlichen Gedanken aus: „der Richter wird durch Vereinbarung zuständig“ aber eine Vorschrift, die zu demselben führt. Dem Richter, an welchen sich die Vorschrift des Kaisers energisch wendet, soll durch den außergerichtlichen Vertrag sozusagen ein zivilrechtlicher Titel zum Einlassungszwang gegeben werden; die gerichtliche Unterwerfung, wenn auch nach wie vor zur formellen Begründung des Gerichtsstandes notwendig, erscheint nur mehr als Konsequenz des außergerichtlichen Versprechens.

Auch in diesem Punkt bilden die neuern Gesetzgebungen den Übergang zum geltenden Recht.

Wenn die bayerische Gerichtsordnung von 1753 nur eine gerichtliche Unterwerfung kennt, so ist daraus zu folgern, daß die außergerichtliche Vereinbarung überhaupt noch nicht bindet. Die gerichtliche

1) So Planck, Lehrb. I. S. 79.

Digitized by Google

Konsensprorogation[1]) aber vollzieht sich nach cap. I. § 17 „in dem gutwilligen Einlassen beider Teile ohne Protestation coram incompetente."

Ebenso kennt die allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten vom 6. Juli 1793 noch keineswegs den Satz, daß die außergerichtliche Vereinbarung als solche binde oder den Gerichtsstand erzeuge[2]). Eine vorausgegangene Einwilligung in das unzuständige Forum erzeugt vielmehr nach § 160 und § 164 des 2. Titels des 1. Teils erst dann den Gerichtsstand, wenn der Beklagte, ohne die Inkompetenz zu rügen, die Klage beantwortet hat. — Auch drücken sich die beiden Gerichtsordnungen — hierin ganz im Sinne der justinianeischen Verordnung — hinsichtlich der mit der gerichtlichen Unterwerfung eintretenden Gebundenheit des Beklagten so aus[3]), daß sie die Vereinbarung nicht so fast als dispositive Regelung des Gerichtsstandes, denn als vertragsmäßige Verpflichtung darstellen, einen Gerichtsstand, der nicht der gesetzliche ist, anzuerkennen.

Anders die neuern Prozeßordnungen — wohl auf Grund der damals im gemeinen Recht vorherrschenden Ansicht über das römische Recht[4]) und wegen der de lege ferenda unabweisbaren Konsequenz, daß, wenn einmal die Parteiendisposition als Zuständigkeitsgrund anerkannt werden soll, keine Veranlassung vorliegt, die Parteien erst von der gerichtlichen Unterwerfung ab an das gewählte Forum zu binden. Indem sie sagen, daß das Gericht durch die Vereinbarung zuständig werde, sprechen sie den Grundsatz aus, daß die Verein-

---

1) Denn das „gutwillig" in § 17 cit. ist wohl, wenn man die Anlehnung an das römische und gemeine Prozeßrecht, welche die bayerische Gerichtsordnung anstrebte, berücksichtigt, nicht anders zu verstehen als „der Unzuständigkeit bewußt". — Dies bestreitet Reatz S. 218 und meint, es sei nur der Konsens im weitern Sinn gemeint. Allein unsere, auch von Seuffert (Komm. I. S. 260) vertretene Auslegung hat wohl auch den Sprachgebrauch für sich; „gutwillig" unterwirft sich nur derjenige, welcher weiß, daß er sich nicht unterwerfen müßte, also sich befindet im Bewußtsein der Inkompetenz. — Übrigens ist diese Auslegungsfrage im Grunde die, ob c. 1 § 17 einen Gerichtsstand der Konsensprorogation schaffen wolle, oder eine der C.P.O. § 39 entsprechende Norm. 2) Mit einer Ausnahme, bei Koch, der preuß. Civilprozeß S. 170, Note 3; zu vergl. Reatz S. 122 ff. 3) Zu vergl. c. 1 § 17 „sie sind schuldig, denselben in selbiger Sache forthin für ihren Richter zu erkennen"; § 160 c. „muß diesen Gerichtsstand auch im Fortgang des Prozesses anerkennen". — 4) Wetzell S. 480 N. 30 „in neuerer Zeit ist diese Meinung zu überwiegender Geltung gelangt". Zu vergl. Renaud, Lehrbuch S. 95, N. 9 zu § 42. —

Digitized by Google

barung der Parteien nicht Regelung der Prozeßvoraussetzung durch Verzicht auf deren Geltendmachung ist, sondern unmittelbare Erfüllung, Herstellung derselben. Und es ist gewiß richtig, daß erst mit dieser Erweiterung die römische Lehre im Grund eine „völlige Umkehrung erfuhr, daß fortan nicht mehr die Unterwerfung, sondern die Vereinbarung der Parteien das Entscheidende ist“ [1]).

Diesen Standpunkt nehmen aber ein: die allgemeine bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover [2]), die beiden badischen von 1851 und 1864 [3]), die oldenburgische [4]), die württembergische [5]), endlich auch die bayerische Prozeßordnung von 1869 [6]). — Was die letztere anlangt, so nehmen freilich zwei hervorragende Bearbeiter des neuen bayerischen Civilprozesses, Schmitt [7]) und Barth [8]), — letzterer unter Berufung auf Endemann, das deutsche Civilprozeßrecht S. 234 — an, eine außergerichtliche Vereinbarung habe noch nicht die unmittelbare, prozessuale Wirkung des Gerichtsstandes; und diese Ansicht vertritt wohl auch Wach [9]) hinsichtlich der bayerischen, wie der fast gleichlautenden badischen Vorschrift. — Daß aber jedenfalls letztere in dem Sinn unmittelbar prozessualer Wirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung zu verstehen ist, geht unzweifelhaft aus § 48 der badischen Prozeßordnung hervor [10]). — Allein auch die Ausdrucksweise des Art. 38 der bayerischen Prozeßordnung berechtigt nur zu der Auslegung, daß die außergerichtliche Vereinbarung als solche kompetenzbegründend wirkt. Wollte man nämlich den Ausdruck streng wörtlich verstehen, so müßte man annehmen, daß das Gericht erst zuständig werde, wenn beide Parteien zusammen die Befassung des Gerichtes mit der Sache veranlassen; allein diese Befassung veranlaßt der Kläger durch die Klageerhebung und welches Handeln des Beklagten hinzutreten müsse, ist nirgends gesagt; also würde es überhaupt an einem vom Gesetz als Eintrittsmoment der Zuständigkeit präzisirten Zeitpunkt fehlen, oder man müßte annehmen, daß

---

1) Planck, Lehrb. I. S. 79. 2) § 19 „ein an sich unzuständiges Gericht wird zuständig“. 3) Art. 29 = § 46 vbd. § 48 (v. Freydorf S. 161). 4) Art. 26 § 1. 5) Art. 59. 6) Art. 38 „Die Parteien können .... eine Streitsache durch Vereinbarung auch an ein nicht zuständiges Gericht bringen“. 7) Der bayer. Civilprozeß I. S. 314. 8) Kommentar zur neuen Civilprozeßordnung I. S. 258. 9) Indem er nur Hannover und Württemberg als Prozeßordnungen nennt, die das pactum de prorogando als Kompetenzgrund anerkennen, Handb. I. S. 500 N. 26; anders Planck, Lehrb. I. S. 79 N. 12. — 10) „Zur Giltigkeit der Prorogation wird außer der Vertragsfähigkeit der Parteien deren wirkliche, ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Einwilligung erfordert“.

Digitized by Google

das „an ein Gericht bringen", vom Kläger allein zu verstehen sei.— Dann aber wäre der Sinn der Bestimmung der, daß das Gericht zuständig wird mit dem Moment der Klageerhebung, und damit wäre doch nichts anderes gesagt als dies: der Kläger kann die bereits vereinbarte Zuständigkeit in jedem Augenblick durch Klageerhebung zu einer präsenten machen. Dies ist aber dem praktischen Effekt nach jedenfalls völlig gleichbedeutend mit der oben gegebenen Auslegung: „das Gericht wird durch die außergerichtliche Vereinbarung zuständig". — Das Richtige trifft, wer den Ausdruck des Art. 38, der so wenig wie die oben erörterte „aditio judicis" ein streng-technischer ist, nicht wörtlich versteht. Es will nämlich das Gesetz damit nichts anderes besagen als dies, daß die außergerichtliche Vereinbarung das Gericht unmittelbar zuständig macht; der Gesetzgeber kleidet nur diesen Rechtssatz in Worte, welche die mögliche Folge einer derartigen Vereinbarung hervorheben und veranschaulichen — nämlich Befassung des gesetzlich unzuständigen Gerichtes mit der Sache. So fehlt in der Redewendung des Gesetzes nur ein Mittelglied, das sich ohne Bedenken im Sinne des neueren Rechts ergänzen läßt.

III. Capitel.

Einfluß der Parteivereinbarung als Zuständigkeitsgrund auf die Kompetenzordnung; ihr Verhältnis zu den übrigen Kompetenzgründen.

§ 1. Rechtliche Bedeutung der Zuständigkeit in den prorogierbaren Fällen.

Wie die verschiedenen, sie vorbereitenden Entwürfe, hat die Reichscivilprozeßordnung das pactum de prorogando als vollgiltigen Kompetenzgrund anerkannt. Sie bildet also auch hier an der im vorigen Kapitel aufgezeigten rechtshistorischen Entwicklung einen Abschluß. Bei dem klaren Wortlaut des § 38 bedarf die unmittelbar prozessuale Wirkung der Vereinbarung wohl keines Beweises, ist aber auch von keiner Seite bestritten[1]).

Hiemit wiederum beim geltenden Recht angelangt, haben wir

1) Doch zu vergl. Bülow, Arch. 64, S. 68 N 41 und dagegen mit Recht Wach, in demselben Band S. 219, N. 9.

Digitized by Google

— vorzugsweise in Bezug auf dieses — die Frage zu erörtern: Welches ist die rechtliche Bedeutung der Zuständigkeitsordnung und der Zuständigkeit in den Fällen, in denen diese durch Konsens begründet werden kann? — Welches ist innerhalb dieser verschiebbaren Kompetenzordnung das Verhältnis der Zuständigkeitsvereinbarung zu den übrigen Kompetenzgründen? —

Nicht nur für die zweite Frage ist die Entscheidung des ersten von der größten Bedeutung, sie ist auch für die spätern Erörterungen unumgänglich notwendig, weil nur aus der richtigen Würdigung der Bedeutung, die der prorogierten Zuständigkeit zukommt, auch die richtige Lösung der vorzugsweise im dritten Teil zu lösenden Probleme sich ergeben kann.

Von jeher, insbesondere auch in der neuesten Litteratur hat man diese Frage in sehr verschiedenem Sinn beantwortet. Zwei Ansichten stehen sich gegenüber: die eine geht dahin, daß die Zuständigkeitsordnung, welche durch Parteivereinbarung verschoben werden kann, lediglich im Parteiinteresse aufgestellt sein müsse, eben weil sie der Gesetzgeber durch Parteivereinbarung verändern lasse; die andere Ansicht ist die, daß durch Einführung des gewillkürten Gerichtsstandes der Gesetzgeber nur dem von beiden Parteien bekundeten Interesse seine eigene, d. h. die „gesetzliche" Kompetenzordnung nachsetze; und eben darum beweise die Zulassung der Prorogation noch keineswegs die Nichtbeteiligung des öffentlichen Interesses an der Aufrechterhaltuug der Kompetenzordnung.

Die praktischen Konsequenzen sind klar. Ist die Zuständigkeitsordnung nur im Parteiinteresse aufgestellt, so muß auch die Aufrechterhaltung derselben diesen überlassen sein. Die Zuständigkeitsordnung aufrechterhalten heißt aber die Unzuständigkeit rügen und das ist nur Sache des Beklagten, hiezu hat er die Unzuständigkeitseinrede. So führt diese Anschauung dazu, die Unzuständigkeit mit dem daraus entspringenden Ablehnungsrecht zu identifizieren[1]); denn wenn nur der Beklagte das Recht hat, die Befassung eines unzuständigen Richters mit der Sache zu verhindern, so kann das Gericht, falls nur er es nicht ablehnt, in der Sache ruhig fortjudizieren.

---

1) Besonders markant ausgesprochen von Fitting, Arch. 63, S. 248 „Die gesetzlichen Regeln über örtliche und sachliche Zuständigkeit haben von diesem Standpunkt aus betrachtet nur die Bedeutung, dem Beklagten zu sagen, in welchen Fällen er ein Ablehnungsrecht hat, in welchen nicht."

Digitized by Google

In der Doktrin des Reichscivilproceßrechts hat diese Ansicht über die rechtliche Bedeutung der verschiebbaren Kompetenzordnung Fitting zu der Theorie geführt, die Zuständigkeit überall da als bereits vorhanden anzunehmen, wo es sich nur um ein solches Ablehnungsrecht handle. — Welche überwiegende Bedenken dagegen sprechen, die an erster Stelle angedeutete Auffassung so zu formulieren, wird noch in einem andern Zusammenhang darzulegen sein.

Hier ist noch zu erwähnen, daß auch diese Theorie, so originell und glänzend sie auf den ersten Blick hin zu sein scheint, doch schon in der gemeinrechtlichen Litteratur ziemlich deutlich ausgeprägt war. Man nahm nämlich an, daß da, wo es sich um bloße Gerichtsstandsprivilegien handle, der judex ordinarius, das heißt der durch die gewöhnliche Kompetenzordnung als zuständig bezeichnete Richter dem Eximierten gegenüber eigentlich schon kompetent sei, aber doch abgelehnt werden könne[1]). — Daß aber neben der Zuständigkeit begrifflich ein Ablehnungsrecht möglich sei, ist ja auch die Meinung von Fitting[2]). Die Unhaltbarkeit dieser ältern Theorie, die freilich — hierin weniger radikal — nicht die ganze verschiebbare Kompetenzordnung als Statuierung von Ablehnungsrechten gegenüber bestimmten, bereits zuständigen Gerichten erklärte, versuchte ich schon oben[3]) nachzuweisen.

Bleibt also noch jene Theorie, welche — mit der obengenannten wenigstens in der Sache übereinstimmend — den noch ablehnbaren Richter zwar für unzuständig hält, aber doch in der durch Parteivereinbarung verschiebbaren Kompetenzordnung lediglich ein Ablehnungsrecht des Beklagten wider deren Verletzung erblickt. Diese Theorie argumentiert folgendermassen: Der Beklagte kann sich vor einem unzuständigen Richter belangen lassen, weil er prorogieren kann, also kann er sich seines Ablehnungsrechtes begeben; also ist die Aufrechterhaltung der Zuständigkeitsordnung verzichtbar, wie das Ablehnungsrecht selbst.

Wie schon angedeutet, muß diese Theorie dazu führen, die Unzuständigkeitseinrede zu einer verzichtbaren Prozeßeinrede herabzudrücken, und deren Gebrauch lediglich dem Beklagten zu überlassen. Allein auch Prozessualisten, die diese Konsequenz keineswegs vertreten, vertreten doch die Grundanschauung[4]), daß die prorogierbare

---

1) Klar ausgesprochen bei Glück III. S. 178; ähnlich Bach, de pror. jurisd. p. 420. 2) Zeitschr. VI. S. 345. 3) S. 38 f.

4) Die namentlich auch im gemeinen Recht sehr verbreitet war;

Digitized by Google

Zuständigkeitsordnung einen Vorteil des Beklagten, ein Recht desselben darstelle. —

So sagt Wetzell[1]), daß die verschiebbare Kompetenzordnung lediglich im Interesse der Parteien aufgestellt sei; ähnlich äußert sich Bethmann-Hollweg[2]) über die prorogatio fori: „Vor einen andern als den zuständigen Richter geladen, hat der Beklagte ein Weigerungsrecht; ... allein da hiernach der Gerichtsstand ein Recht der Parteien ist, so hängt es von ihrer Willkür ab, ob sie dasselbe gebrauchen wollen, sie können darauf verzichten". Noch deutlicher hat diese Ansicht Brackenhoeft[3]) ausgeprägt, wenn er sagt: „Die blos subjektive Jurisdiktionsgrenze raubt dem Gericht nicht die Befugnis, eine Sache vor sich zu verhandeln und zu entscheiden, sondern nur die Befugnis, einen Zwang anzuwenden zur Eingehung des Streitverhältnisses gegen eine außerhalb dieser Grenzen stehende Person. Sie kann also der Kompetenz des Gerichtes im konkreten Fall nicht entgegenstehen, wenn es eines solchen Zwanges nicht bedarf, indem eine solche Person das Streitverhältnis freiwillig eingeht".

Die Konstruktion beruht, wie man sieht, auf der Unterscheidung zwischen Fähigkeit, über die Sache zu entscheiden und einer zum Prozeß nötigen Zwangsmacht. In den Fällen, in denen prorogiert werden kann, lehrt Brackenhoeft, war das Gericht bereits befähigt, in der betreffenden Sache zu entscheiden. Aber es konnte gegen den Beklagten keinen Zwang anwenden, auf daß er die Befassung desselben mit der Sache möglich mache. Thut er dies aber freiwillig, verzichtet er also auf das in der Unzuständigkeit liegende Ablehnungsrecht, so gewinnt das Gericht zugleich Kompetenz. — Das Richtige trifft diese Konstruktion gewiß in dem Gedanken, daß bei dem Gericht, dessen Prorogation das Gesetz zuläßt, eine Fähigkeit zur Sachentscheidung von vornherein anzunehmen ist. — Aber dabei wird die Sache doch so dargestellt, — und dies ist das Unrichtige — als ob wegen dieser Fähigkeit des Gerichtes zur Sachentscheidung

---

einen eigentümlichen Ausdruck findet sie bei Osterloh (ordentl. bürgerl. Prozeß I. S. 186 N. 8) wenn er andeutet, daß da, wo Prorogation möglich sei, „die Verhandlungsmaxime Platz greife". — Zu vergl. München, das kanonische Gerichtsverf. S. 53. „Der Gerichtsstand ist für die Parteien nicht lediglich eine rechtliche Notwendigkeit zur Unterwerfung, sondern auch eine allgemeine Rechtsbegünstigung zur Sicherung ihrer Rechte und zugleich eine spezielle schon insofern für sie, daß sie nicht willkürlich jedem Richter unterworfen werden können". 1) System S. 481. 2) Der röm. Civilprozeß II. S. 119.

3) Erört. S. 264 § 101 am Eingang.

Digitized by Google

ein Verzicht auf die Unzuständigkeit von selbst als rechtswirksam sich verstehe. Und doch kann er nur deshalb wirksam sein, weil sich in ihm eine Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit vollzieht, diese aber selbst Zuständigkeitsgrund ist. Überdies müßte die mitgeteilte Ansicht, es stehe nur ein Recht des Beklagten in Frage, dazu führen, dieses Recht und seine Geltendmachung überall da zu präkludieren, wo es nicht von ihm selbst geltend gemacht wird, eine Konsequenz, die diese Schriftsteller abwiesen.

Daß diese Ansicht, es sei die verschiebbare Kompetenzordnung lediglich im Interesse der Parteien aufgestellt, also wesentlich ein Recht des Beklagten, schon in der gemeinrechtlichen Doktrin auftrat, erklärt sich meines Erachtens vor allem durch die damals fast einzig vertretene Auffassung über den Prorogationsvertrag. Denselben faßte man einseitig als einen Verzicht des Beklagten auf, eine Anschauung, die gewissermaßen eine Bestätigung fand in den justinianeischen Konstitutionen, welche den Prorogationsvertrag in der That als Verzicht des Beklagten hinstellen. — Allein bei unbefangener Würdigung muß man sofort zu dem Resultat kommen, daß die Zuständigkeitsordnung des gemeinen Rechts, auch die durch Vereinbarung verschiebbare, eine viel höhere Bedeutung hatte, als daß jene Auffassung gerechtfertigt wäre.

Die Sentenz eines unzuständigen Richters war nichtig; schon daraus folgt, daß der Richter — worauf noch fernerhin hinzuweisen ist — die Zuständigkeit immer von Amtswegen prüfen mußte. Einhaltung der Zuständigkeitsordnung war also ein Offizialinteresse. Nicht zu der Frage, ob überhaupt ein Zuständigkeitsgrund vorliege, sondern zu der, ob gerade ein „gesetzlicher" Zustimmungsgrund vorliege, stellte sich die Rechtsordnung gleichgiltig; und wenn Parteivereinbarung über das Forum gestattet war, so bewies das wahrlich nur, daß der Gesetzgeber das beiderseitige Parteiinteresse an einem gewissen Gericht als Prozeßgericht neben den gesetzlichen Zuständigkeitsgründen berücksichtige, indem er die Parteivereinbarung selbst in die Kompetenzordnung aufnahm.

Viel wichtiger ist uns natürlich die Beantwortung derselben Frage in Bezug auf das Reichsrecht. Zwar dies glaube ich nunmehr dargethan zu haben, daß die Zulassung der Parteivereinbarung an sich noch keineswegs die Nichtbeteiligung eines öffentlichen Interesses an der gesamten Kompetenzordnung beweise; es fallen also alle jene Folgerungen, welche man aus der Konsensprorogation selbst auf die rechtliche Bedeutung der Kompetenzordnung

Digitized by Google

ziehen zu dürfen glaubte[1]). Aber es muß daneben eingeräumt werden, daß die Sache doch anders liegt als im gemeinen Recht. Unsere Prozeßordnung enthält nämlich — und das ist der fundamentale Unterschied zwischen dem neuen und alten Prozeßrecht in Regelung dieser Materie — auch einen § 39, durch welchen jedenfalls von einem bestimmten Stadium des Prozesses an nicht nur die Geltendmachung der Unzuständigkeit ausgeschlossen, sondern auch dieser Prozeßmangel geheilt werden soll. Inwieweit nun aber § 39 auf die rechtliche Bedeutung der durch § 40, Abs. 2 umgrenzten Kompetenzordnung einwirkt, kann hier noch nicht erörtert werden; wohl aber ist schon hier die Frage zu entscheiden, ob nicht aus sonstigen Bestimmungen für das geltende Prozeßrecht die Beteiligung blos des Privatinteresses an der verschiebbaren Kompetenzordnung und damit die Verzichtbarkeit der Prozeßvoraussetzung nachgewiesen werden kann.

Das Gesetz scheint die Frage zu bejahen. Denn daß § 247, Abs. 3 die Einrede der Unzuständigkeit in prorogierbaren Fällen zu jenen prozeßhindernden Einreden rechnet, „auf welche der Beklagte wirksam verzichten kann", unterliegt keinem Zweifel. Einmal ergeben dies die Motive[2]) zu diesem §, dann aber steht die Absicht des Gesetzgebers, die Präklusionsnorm und damit auch ihre Beschränkung auch für die Unzuständigkeitseinrede aufzustellen, ziemlich fest. Demnach scheint es ganz sicher, daß die Zuständigkeit in allen prorogierbaren Fällen nach der Auffassung des Gesetzgebers eine verzichtbare Prozeßvoraussetzung ist. Dies behaupten denn auch, gerade unter Bezugnahme auf § 247, Abs. 3 vorzugsweise Fitting[3]) und Bolgiano[4]).

Die weitern Konsequenzen dieser Ansicht sind von mir schon angedeutet worden. Allein sie muß von vornherein bestritten werden.

---

1) Wie sie namentlich Fitting zieht; dieser glaubt (Zeitschrift VI. 357, 8.), daß die zwei Sätze „das öffentliche Interesse ist an der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung beteiligt", und der andere, „die Parteien können die Kompetenzordnung verschieben", in direktem Widerspruche stehen. — Ähnlich Arch. 63, S. 250. — Dagegen Birkmeyer, Ztschr. VII. S. 483 ff. 2) Bei Hahn, ges. Materialien II. 1, S. 265. — 3) Arch. 63 S. 239: „Das Gesetzbuch behandelt die Geltendmachung der Unzuständigkeit als eine prozeßhindernde Einrede und zwar, insoweit Prorogation gestattet ist, als eine verzichtbare prozeßhindernde Einrede". — Zu vergl. Ztsch. VI. 315 und andere Stellen.
4) „Daß die Inkompetenzeinrede auch nicht in dem Fall unverzichtbar ist, wenn sie die Natur einer rechtlichen Gegendeduktion hat, geht aus den Motiven hervor" — in Grünhut's Ztschr. Bd. XII. S. 608.

Digitized by Google

Sie kann sich auch nicht auf die angeführte Gesetzesstelle ihre wichtigste, ja einzige Stütze berufen, weil die hier vom Gesetzgeber allerdings implicite gebrauchte Bezeichnung „verzichtbar" nicht maßgebend ist. Nicht maßgebend ist sie aber deshalb, weil sie dem nachweisbaren Gedanken des Gesetzgebers nur einen inkorrekten Ausdruck verleiht. —

Was meint der Gesetzgeber mit dem Ausdruck: „Die Einrede der Unzuständigkeit ist verzichtbar?" Offenbar nur dies, daß die Parteien auf die Zuständigkeit des Gerichtes selbst entscheidenden Einfluß ausüben, daß sie die Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit durch bloßen Konsens darüber herstellen können.

Der Ausdruck „Verzicht" ist also hier, wie Bülow[1]) so zutreffend bemerkt hat, in „einer sehr verfänglichen und uneigentlichen Art gebraucht". Ein Rechtssatz, den der Gesetzgeber ebensowohl für die dispositiv-normierte Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit, als für die wirklich verzichtbaren Prozeßvoraussetzungen des § 247, Abs. 1, Nr. 3, 4 und 5 aufstellen wollte — nämlich die Einschränkung der Präklusionsnorm, ist somit in abkürzender, aber inkorrekter Fassung ausgedrückt worden, indem man, „sei es nun in irrtümlicher Gleichung von dispositivem und verzichtbarem Recht oder bewußt in Ermangelung eines bessern Ausdrucks — eine Bezeichnung wählte, in welcher pars pro toto fungieren muß" [2]).

Der Ausdruck kann also unsere Auffassung der rechtlichen Natur dieser Prozeßvoraussetzung nicht beeinflussen, so gewiß andrerseits durch denselben trotz seiner Inkorrektheit der gewollte Rechtssatz[3]) deutlicher Gesetzeswille geworden ist. Also spricht jeden-

---

1) Arch. 64 S. 94; ebenso bemerkt Seuffert, Kommentar S. 302 Nr. 11 zu § 247, daß der Ausdruck „Verzicht" hier nicht genau sei. — Vor allem Birkmeyer, Ztschr. VII. S. 485 N. 430: „Die Civilprozeßordnung, bei der Lehre von den Prozeßvoraussetzungen befangen in der unrichtigen Einredentheorie spricht von der Möglichkeit eines Verzichts des Beklagten auf eine prozeßhindernde Einrede da, wo sie Parteiendisposition rücksichtlich der betreffenden Prozeßvoraussetzung gestatten will. — Wem diese Disposition zustehen soll, ob beiden Parteien in Gestalt einer Vereinbarung, ob einer der beiden Parteien und insbesondere dem Beklagten in Gestalt des Verzichts ist damit noch nicht entschieden". 2) Bülow a. a. O. S. 95. 3) Nämlich der, daß die Präklusionsnorm und ihre Beschränkung auch auf die Unzuständigkeitseinrede Anwendung finde. — Es muß aber bemerkt werden, daß meine Deduktion „§ 247 Abs. 3 will, wenn er die Unzuständigkeitseinrede eine verzichtbare nennt, nur sagen, daß innerhalb gewisser Grenzen die Zuständigkeit eine dis-

Digitized by Google

falls im Gesetze nichts direkt dafür, daß die Zuständigkeit des Gerichtes in den prorogierbaren Fällen eine verzichtbare Prozeßvoraussetzung ist, oder vielmehr, was dafür spricht, kommt nicht als bindender Gesetzeswille in Betracht. —

Ist nach der Prozeßordnung ein Verzicht auf die Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit möglich? — Die Frage muß verneint werden, nicht etwa deshalb, weil ein derartiges öffentliches Interesse an der gesetzlichen Kompetenzordnung direkt oder indirekt im Gesetze ausgedrückt ist, welches selbst dem übereinstimmenden durch das Rechtsgeschäft des Verzichtes dokumentierten Parteiinteresse vorgeht, wohl aber deshalb, weil sich mit diesem Verzicht eine weitergehende Wirkung, nämlich die Herstellung der Prozeßvoraussetzung selbst verbindet. — Sollte ein solcher Verzicht wirklich vorkommen, so könnte man ihn als wirksam und unwirksam bezeichnen; als wirksam, weil er den Mangel in der That beseitigt, als unwirksam, weil ein bloßer Verzicht — selbst wenn beabsichtigt — hier nicht möglich ist, ohne daß zugleich Zuständigkeit hergestellt würde.

Wo die Parteivereinbarung, wie im geltenden Recht, als Zuständigkeitsgrund anerkannt ist, gibt es eigentlich keinen rechtswirksamen Verzicht auf die Prozeßvoraussetzung, sondern in diesem Verzicht vollzieht sich jedesmal eine Prorogation. Denn was könnte hier der Verzicht anders bedeuten als dies, daß man sich mit einem Gericht zufrieden gebe, welches man ablehnen könnte, von dem man weiß, daß die Prozeßvoraussetzung an und für sich, daß heißt nach den „gesetzlichen Regeln" nicht vorliege. Damit will man von einem unzuständigen Gericht, was man nur von einem zuständigen will, man will, wo nicht Zuständigkeit selbst, so doch die Wirkung derselben; es deckt sich also dieser Wille nach allen wesentlichen Seiten mit dem auf die Zuständigkeit als solche gerichteten, also mit dem nach § 38 zur Gerichtsstandswirkung erforderten Vereinbarungswillen. —

Aus dem bisher Gesagten geht hervor, daß der Parteidisposition kein weiterer Einfluß auf die Regelung der Zuständigkeitsfrage ein-

---

positiv-normierte Prozeßvoraussetzung ist" von der Prämisse abhängt, daß überhaupt § 247, Abs. 3 auch die Einrede der Unzuständigkeit betreffe — ein Satz, der erst bei Erörterung des § 39 bewiesen werden kann.

Digitized by Google

geräumt ist als der: diese Prozeßvoraussetzung selbst an irgend einem prorogierbaren Gericht auf kürzestem Weg durch den darauf bezüglichen Konsens herzustellen.

Darin liegt aber meines Erachtens der bedeutende Unterschied zwischen dieser Prozeßvoraussetzung und den übrigen von der Prozeßordnung ebenfalls als verzichtbar bezeichneten: nur letztere sind verzichtbar. So gibt es in der That einen Verzicht auf die Einrede der Rechtshängigkeit mit unmittelbar prozessualer Wirkung. Denn wo die Civilprozeßordnung diese Prozeßbedingung normiert, erklärt sie dieselbe lediglich als ein Recht des Beklagten. Dabei bemerkt sie freilich nichts über die Wirksamkeit eines Verzichtes; aber mit Sicherheit kann sie abgeleitet werden aus § 247, Abs. 3. Zweifellos wird diese Prozeßvoraussetzung nur mittels Einrede, nur vom Beklagten geltend gemacht; diese Einrede aber nennt das Gesetz verzichtbar; also findet ein wirksamer Verzicht auf dieselbe statt und dabei unterscheidet das Gesetz nicht hinsichtlich des Zeitpunktes, in dem derselbe erfolgt. So müssen wir annehmen, daß ein derartiger Verzicht prozessualisch wirkt, d. h. den während des anhängigen Prozesses anderswo Beklagten von vornherein seiner exceptio litis alibi pendentis beraubt. — Gleiches gilt bezüglich der übrigen verzichtbaren Prozeßvoraussetzungen [1]). —

Aber dies gilt nach dem Gesagten nicht von der Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit. Das Gesetz kennt nicht einen Verzicht auf dieselbe, obwohl es fälschlich, aber für die Gesetzesauslegung unverbindlich die darüber zulässige Parteiendisposition als „Verzicht" bezeichnet; es kennt vielmehr nur eine durch Vereinbarung der Streitsteile erfolgende Herstellung der Prozeßvoraussetzung.

---

1) Anders Bülow Arch. 64, S. 96 „Vergebens würde man in der Prozeßordnung nach einer Bestimmung suchen, welche gerade einen Verzicht auf die Einrede der Rechtshängigkeit, die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten u. s. w. erwähnte und für rechtswirksam erklärte". — Dagegen ist zu bemerken, daß die auf die fraglichen Prozeßbedingungen bezüglichen Gesetzesstellen (C.P.O. § 102, § 103, § 235 Abs. 2 Nr. 1; § 243 Abs. 4) deren Geltendmachung durch Einrede gänzlich vom Willen des Beklagten abhängig machen; also kann bezüglich dieser Einreden der Ausdruck des § 247, Abs. 3 „es findet wirksamer Verzicht statt", nicht unrichtig sein; also ist er auch die Stelle, in der dieser Verzicht ausdrücklich in seiner prozessualen Wirkung anerkannt wird. (Denn sonst hätte er nur civilrechtliche; — zutreffend in dieser Beziehung Schwalbach, Arch. 64, S. 293). Die Möglichkeit eines die Einrede selbst ausschließenden Verzichtes erkennt Weismann, Hauptinterv. S. 119 N. 28 an. —

Digitized by Google

Es besteht also in der That ein Unterschied zwischen den verzichtbaren Prozeßvoraussetzungen und der Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit. Durch den Nachweis dieses Unterschiedes glaube ich aber auch von vornherein die Ausnahme ausgeschlossen zu haben, daß schlechthin alles, was bezüglich der verzichtbaren Prozeßvoraussetzungen und Prozeßeinreden gilt, auch auf die Kompetenz Anwendung finde. Wichtige praktische Konsequenzen werden daraus im weitern Verlauf der Darstellung abzuleiten sein.

Andrerseits unterscheidet sich aber auch die Zuständigkeit, insoweit sie durch Parteivereinbarung begründet werden kann, ebendadurch von den absoluten Prozeßvoraussetzungen. Von jenen bloß durch einen bestimmten Thatbestand gegebenen Prozeßvoraussetzungen kann keine durch Vereinbarung hergestellt werden, noch auch ein Verzicht ihre Geltendmachung oder Prüfung auszuschließen.

Das Resultat ist, daß die Zuständigkeit in den durch § 40 gezogenen Grenzen unter den Prozeßvoraussetzungen des geltenden Rechtes sozusagen in der Mitte steht, indem sie weder zu den wirklich verzichtbaren, noch zu den absoluten Prozeßvoraussetzungen gehört. Sie ist vielmehr eine dispositiv-normierte im eigentlichen Sinne — die einzige dieser Art in der Prozeßordnung. —

§ 2. Verhältnis des Kompetenzvertrages zu den übrigen Zuständigkeitsgründen.

Der Rechtssatz: „die Zuständigkeit ist innerhalb gewisser Grenzen eine dispositiv-normierte Prozeßvoraussetzung" — klingt etwas einfacher, wenn wir sagen: „unter den Zuständigkeitsgründen erscheint auch die auf die Kompetenz des Gerichtes abzielende Vereinbarung". Da entsteht denn die Frage, in welchem Verhältnis dieser Zuständigkeitsgrund zu den übrigen stehe. —

Die letztern, also alle andern, teilweise auf so verschiedenen Gedanken beruhenden Kompetenzgründe stellt man gewöhnlich als „gesetzliche" der Parteivereinbarung in einem gewissen Gegensatz gegenüber. — Diese in der gemeinrechtlichen Doktrin der prorogatio fori fast durchgängig[1]) eingeräumte Sonderstellung ist angemessen, insofern als sich das forum prorogatum allein von allen übrigen Gerichtsständen auf einen rein subjektiven Thatbestand, den des gemein-

1) So von Bayer Renaud, Linde, Osterloh, Martin (Vorlesungen), Heffter (System) und Andern.

Digitized by Google

samen Willens der Parteien gründet, insofern, als hier allein erst durch die Vereinbarung für die Streitsache ein Gericht bestimmt wird, während die zahlreichen gesetzlichen Zuständigkeitsregeln jeder Rechtsache von vornherein das kompetente Forum anweisen[1]). — Allein von einem andern, höhern Gesichtspunkt aus muß die Einteilung in „gesetzliche und gewillkürte Gerichtsstände", mindestens aber der Ausdruck „gesetzliche Zuständigkeit" verworfen werden. Denn sie leisten der falschen Auffassung Vorschub, als ob die prorogatio fori außerhalb der gesetzlichen Kompetenzordnung stehe und diese mit derogatorischer Kraft „verschiebe"[2]), sie geben dem Gedanken Raum, es handle sich nur bei den sog. gesetzlichen Zuständigkeitsregeln um eine vom Gesetz verliehene Befugnis, bei dem gewillkürten Gerichtsstand dagegen um eine aus dem consensus partium abzuleitende Zuständigkeit.

Aber diese als öffentlich-rechtliche Befugnis, ja überhaupt wie jede Rechtswirkung[3]) ist immer nur auf den Willen des Gesetzgebers zurückzuführen, d. h. sie tritt nur ein, wo gesetzlich normierte Thatbestände vorliegen, — und ob die einzelnen derselben mehr oder weniger vom Parteiwillen abhängen, oder zu einem Thatbestand vollends der erklärte, übereinstimmende Wille der Streitteile genügt, ändert daran nichts. Zuständig wird also das vereinbarte Gericht in erster Linie nicht, weil es die Parteien als Prozeßgericht wollen, sondern deshalb, weil der Gesetzgeber im Voraus die Zuständigkeit des von den Parteien gewollten Gerichtes selbst will, nicht „vi voluntatis", sondern „vi legis". In der Vereinbarung aber dokumentiert sich nach der Erwartung des Gesetzgebers das Interesse beider Parteien an der Verhandlung vor einem bestimmten Gericht.

Die richtige Auffassung über die in § 38 gegebene Zuständigkeitsnorm ist also die, daß hier nur die Bezeichnung eines Gerichtes

---

1) Über die Berechtigung der Einteilung Birkmeyer, das Verhältnis S. 38 N. 94; Wach, Handbuch I. S. 395/6. — 2) Teilweise diese unrichtige Mutationstheorie, teilweise wiederum der richtige Gedanke, daß auch das for. pror. ein gesetzliches sei, drückt sich aus in den Worten von Kemmerich: „lege omnino opus fuit ad hoc jus inducendum, cum videatur per prorogationes huiusmodi jurisdictionis forma atque eo adeo jus publicum immutari; quod pactis privatorum fieri non potest, nisi alio jure permittente". 3) Brinz, Lehrbuch der Pand. (1. Aufl.) S. 1388: „Nicht irgend eine Absicht oder der Wille der Handelnden, sondern, wie schon der Name andeutet, der Wille des Rechts gibt einer Handlung den Charakter des Rechtsgeschäftes".

Digitized by Google

den Parteien überlassen ist, daß sie nur die Wahl des Gerichtes vornehmen, und daß sich die Wirkung der Zuständigkeit knüpft an diese ihre Wahl. Aber erst an diese; unrichtig ist demnach die Annahme von Fitting[1]), daß auch § 38 den Satz beweise: „alle prorogierbaren Gerichte sind von vornherein zuständig"; weil den Parteien doch angemessener Weise nicht mehr überlassen sein könne, als die Wahl unter mehreren zuständigen Gerichten, weil nur diese sich hier, wie bei andern öffentlichen Behörden zur Regelung durch dispositiven Rechtssatz eigne. — Diese Annahme geht nicht nur von der irrigen Vorstellung aus, ein Gericht, welches offenbar noch ablehnbar ist, könne bereits ein zuständiges sein, sondern es wird dabei auch verkannt, daß der Gesetzgeber keineswegs alle Gerichte für zuständig erklärt, wenn er ihnen Zuständigkeit verleiht, sobald es die Parteien vereinbaren. Freilich ergeht in § 38 die in der Zuständigkeit liegende Ermächtigung an alle und jedes der prorogierbaren Gerichte; aber dieser Befehl ist zunächst nur ein bedingter, er wird zur Qualität der Zuständigkeit erst dann, wenn der Thatbestand der Vereinbarung wirklich bei einem, oder mehreren prorogierbaren Gerichten zutrifft. Und hierin unterscheidet sich wahrlich §. 38 von den übrigen Kompetenzgründen in keiner Weise.

Mit der richtigen Auffassung, daß auch die Parteivereinbarung ein gesetzlicher Zuständigkeitsgrund ist, daß demnach das Rechtsinstitut der prorogatio fori selbst ein Teil der Zuständigkeitsordnung ist[2]), ist auch die Wahrheit anerkannt, daß die Parteien durch eine Gerichtsstandvereinbarung die gesetzliche Zuständigkeitsordnung keineswegs aufheben, ihr durchaus nicht derogieren; eine Auffassung, die insbesondere Bülow[3]) in seiner Abhandlung „über das dispositive Civilprozeßrecht" energisch und überzeugend geltend gemacht hat. —

---

1) In der Ztschr. VI. S. 358/9 und N. 151. 2) Reatz S. 2: „Auch der Gesichtspunkt der Erweiterung ist in der Definition ein falscher. Denn es würde hiernach ein ursprüngliches Kompetenzgebiet vorausgesetzt, in welchem der Raum, den unser Gerichtsstand einnimmt, nicht schon enthalten wäre. Er ist aber in diesem Gebiet enthalten, da die rechtliche Unterwerfung einer Partei unter ein bestimmtes Gericht ebenso gut die rechtliche Folge ihrer freiwilligen, faktischen Unterwerfung, wie ihres Wohnens, ihres Besitzes in dem Gerichtsbezirk und anderer Thatsachen ist". 3) Zu vergl. Arch. 64 S. 46, 74, 78; ferner Birkmeyer, das gegenseitige Verhältnis S. 38 Nr. 94. Just, Arch. 68, S. 300, S. 303.

Digitized by Google

Man darf es wohl als Errungenschaft seiner Abhandlung bezeichnen, daß seitdem in den systematischen Darstellungen die althergebrachte Einteilung — **fora legalia** einerseits, **forum conventionale** andrerseits — aufgegeben wurde, so von Hellmann, Wach[1]), und Planck.

Ausgezeichnet ist der Zuständigkeitsgrund der Vereinbarung — insbesondere im neuern Recht — allerdings auch dadurch vor den übrigen, daß er sachliche wie örtliche Zuständigkeit begründet. Darum behandelt unsere Civilprozeßordnung die Zuständigkeitsvereinbarung in einem eigenen, auf die Lehre von der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit folgenden Titel[2]).

Wo bei einer Streitsache mehrere kompetenzerzeugende Thatbestände vorliegen, müssen sie an und für sich zu der gleichwertigen Zuständigkeit mehrerer Gerichte führen. Weil aber diese Regel, aus welcher unmittelbar das klägerische Wahlrecht bezüglich der mehreren zuständigen Gerichte sich ergibt, durch die bei einzelnen Thatbeständen eintretende ausschließliche Kompetenz eines bestimmten Gerichtes durchbrochen wird, so erhellt das in diesem und dem folgenden § zu erörternde Verhältnis dieses Zuständigkeitsgrundes zu den übrigen durch die Beantwortung dieser zwei Fragen: 1) „Erwirbt der vereinbarte Richter durch die Prorogation genau dieselbe Zuständigkeit und dadurch dieselbe rechtliche Stellung, wie durch irgend einen andern Kompetenzgrund?“ und 2) „Kann eine darauf bezügliche Vereinbarung die ausschließliche Zuständigkeit des vereinbarten Gerichtes bewirken?“

ad 1) Dadurch, daß die Vereinbarung der Parteien als Kompetenzgrund anerkannt ist, ist bereits ausgedrückt, daß durch dieselbe genau die nämliche Rechtswirkung erzeugt wird, wie durch alle übrigen Kompetenzgründe. — Dies war denn auch von jeher in der gemeinrechtlichen Lehre anerkannt[3]). Nicht liegt natürlich in dem Satze ausgesprochen, daß der Richter eine höhere Richtergewalt durch die Prorogation gewinne, daß er etwa alle Befugnisse jener Richter erlange, die für die betreffende Streitsache als gesetzlich zuständige erscheinen. Denn die Prorogation ist ja nicht Erweiterung der Ge-

---

1) Dieser faßt im Handb. Bd. I den Gerichtsstand des Kommissoriums und den der Vereinbarung als dispositive in § 43 zusammen. 2) Zu vergl. Struckmann-Koch, Komm. (3. Aufl.) S. 34. 3) cf. Struvius, de jur. pror. c. 7; Kommerich, l. c. § 17; Stockmann, eod. § 7. — Linde, Lehrbuch S. 132: Glück III. S. 135.

Digitized by Google

richtsbarkeit [1]), sondern der Zuständigkeit und es erscheint diese eigene Gerichtsgewalt des prorogierten Richters mit ihren, insbesondere territorialen Beschränkungen als die Grenze, innerhalb derer er sich, wie sonst, so auch in der prorogierten Sache zu bewegen hat. So führt er vor allem den Prozeß durch wie einen solchen, der ihm durch die sonstigen Zuständigkeitsgründe zugewiesen wird, das heißt, nach den allgemeinen und für ihn insbesondere geltenden Prozeßgesetzen [2]). Gegen seine Entscheidungen und Dekrete finden, wenn er nicht Richter höherer Instanz ist, der ja gemeinrechtlich auch prorogiert werden konnte, alle sonstigen Rechtsmittel statt und zwar geht der Instanzenzug an die ihm übergeordneten Gerichte. Ferner hat er keine weitergehende Exekutionsgewalt als sonst; darum konnte nach gemeinem Recht der prorogierte Richter die Ausführung der Sentenz nur dann selbst vornehmen, wenn der Verurteilte unter dem Gerichtszwang des Richters angetroffen wurde oder Vermögensstücke desselben als Exekutionsobjekte an demselben Ort sich befanden [3]). Anderwärts hin muß er sich des Mittels der Requisition bedienen. — Diese Sätze sind auch auf das geltende Recht entsprechend anwendbar, ohne daß es einer besondern Bestimmung bedurft hätte, wie sie sich noch in der badischen Prozeßordnung § 51 (= Art. 35 der Prozeßordnung von 1851) vorfindet: „Der prorogierte Richter hat nach den gewöhnlichen Prozeßvorschriften zu verfahren und ist namentlich nicht befugt, gerichtliche Handlungen in fremden Gerichtsbezirken selbst vorzunehmen." Eine ähnliche Bestimmung enthält die württembergische Prozeßordnung in Art. 24, Abs. 6 und auch die braunschweigische Prozeßordnung § 150 Abs. 2 stellt in einem Fall das prorogierte Gericht ausdrücklich den gesetzlich zuständigen gleich [4]).

Der prorogierte Amtsrichter hat auch in dem nach dem Wert des Streitgegenstandes als Landgerichtssache zu qualifizierenden Prozeß nach den Regeln des Amtsgerichtsprozesses, andrerseits das Landgericht immer nach den besondern Vorschriften für den Anwalts-

---

1) Reatz S. 2. 2) Osterloh, der gem. bürgerl. Prozeß I. S. 187. 3) So schon Bartolus, zu vergl. Vinnius selectae jur. quaest. c. 4 — Stockmann de jurisd. pr. „destituitur effectu suo iprorogatio, si is, qui eam fecit, neque in territorio judicis inveniatur ipse, neque bona illic possideat, ex quibus satisfieri possit judicato." — Struvius, de f. pr. c. 7 th. 7. — Kemmerich § 17 in f. 4) Zu vergl. noch für das ältere bayerische Recht Seuffert, Komm. über die Gerichtsordnung I. S. 264; für das preußische Koch, Civilprozeß S. 172.

Digitized by Google

prozeß zu verfahren. — Daß man diese Sätze im gemeinen Recht besonders hervorhob [1]), kann nur auf die Anschauung zurückgeführt werden, daß man in der Prorogation eine Erweiterung der Gerichtsbarkeit erblickte. Allein diese muß vielmehr schon vorhanden sein, und nach den für ihre, des verliehenen Amtes Ausübung gegebenen Vorschriften, muß auch die durch Prorogation erworbene Zuständigkeit ausgeübt werden.

ad 2) Viel wichtiger erscheint die Frage: Welches ist das Verhältnis des gewillkürten Gerichtsstandes zu den übrigen in Bezug auf die klägerische Wahl unter den zuständigen Gerichten? Kann das forum prorogatum als ausschließlicher Gerichtsstand vereinbart werden? — Die Frage, ob die Gerichtsstandsvereinbarung diese weitergehende prozessuale Wirkung haben könne, hat eigentlich nur da Berechtigung, wo die einfache prozessuale Wirkung der Vereinbarung (Zuständigkeit) anerkannt ist. Wo der außergerichtliche Vertrag überhaupt noch keine prozessuale Wirkung hat, wie nach älterm römischen Recht, kann die Frage nur die sein: Wird die aus dem Vertrag hervorgehende Verpflichtung als eine einseitige, oder zweiseitige aufgefaßt? — Wo die letztere Auffassung angenommen wird, ist ebenso der Kläger verpflichtet, gerade vor diesem Gericht zu klagen, wie der Beklagte sich diesem Gerichte unterwerfen muß; der vereinbarte Gerichtsstand wird dann als ausschließlicher aufgefaßt. Nach älterm römischen Recht sind die Parteien auf eine Gerichtsstandsvereinbarung hin auch bei vorliegender Stipulation zunächst nur zu einem dem entsprechenden prozessualen Handeln verpflichtet: durch Stipulation konnte aber ebensowohl ausbedungen werden, daß der Beklagte sich auch vor diesem Gericht belangen lasse, als seitens des Klägers, den Beklagten nur vor diesem Gericht zu verklagen. Die oben erörterte l. 18 D. 2, 1 zeigt deutlich, daß wenn die prozessuale und beim formlosen Vertrag auch die civilrechtliche Gebundenheit erst von der aditio judicis anhob, sie von da an ebensowohl als Verpflichtung des Klägers wie des Beklagten gedacht wurde [2]).

Dazu kommt Folgendes: nach der litiscontestatio konnte die Sache bei keinem andern Gericht mehr verhandelt werden. Denn

1) Struvius de jurisd. pror. c. 7 th. 3 forma et modus procedendi coram judice prorogato idem est, qui alias juxta stilum curiae illius loci est observandus. 2) Der Vertrag erscheint in der Stelle deutlich als ein ein zweiseitiger, der Kläger verspricht „alium pro alio praetore adire". Es ergibt sich aber indirekt aus dem „nemo compelletur, eiusmodi conventioni stare."

Digitized by Google

das zur res in judicium deducta gewordene Recht des Klägers konnte nicht mehr durch erneuerte Klage geltend gemacht werden [1]). War auch ein Erlöschen des judicium ohne Urteil möglich, so war doch auch in diesen Fällen [2]) die ganze lis „in der das Klagerecht selbst substantiell oder doch effektiv aufgegangen war" gegenstandslos geworden. Es gab keinen vereinbarten oder einseitigen Streitabstand mit Auflösung des judicium, keine liti renuntiatio, die nur diesem Gerichte die Befassung mit der Sache entzogen, und die Fortsetzung des Prozesses bei einem andern Gericht ermöglicht hätte. Nun vollzog sich aber, wie wir gesehen, erst in der litiscontestatio, oder doch unmittelbar vor derselben die Begründung des forum prorogatum; es war also der Gerichtsstand der Vereinbarung auch insofern ein ausschließlicher, als in dem Moment, in dem er entstand, eben das angegangene Gericht ausschließlich zuständig war.

Nach meiner bereits oben ausführlicher begründeten Ansicht wurde durch Justinian allerdings der außergerichtliche Prorogationsvertrag als prozessualisch bindend erklärt: allein doch nur insofern, als durch außergerichtlichen Verzicht auf die Unzuständigkeitseinrede der Beklagte dieselbe von vornherein dem vereinbarten Gericht gegenüber verlieren sollte. Der außergerichtliche Vertrag sollte also schon insoweit prozessualisch wirken, als er den Beklagten bindet, demnach als einseitiger Vertrag; dem Kläger entspringt daraus nur ein Recht, der Beklagte verliert das in der Unzuständigkeit liegende Ablehnungsrecht. Daß dagegen der außergerichtliche Vertrag auch einen ausschließlichen Gerichtsstand erzeugen konnte, daß der Kläger die entsprechnde prozessuale Verpflichtung übernahm und der Richter jedes andern Gerichts auf Antrag des Beklagten diese Verbindlichkeit geltend machte, wird uns nicht bezeugt. Auch hat der Kaiser in beiden Konstitutionen die Verbindlichkeit lediglich des Beklagten vor Augen. Demnach ist wohl anzunehmen, daß im gemeinen Recht der Prorogationsvertrag keine ausschließliche Zuständigkeit zu begründen vermochte, und nach dieser Seite hin nur civilrechtliche Wirkungen äußerte; daß also dem Kläger unbenommen blieb, sich an das ordentliche Gericht des Beklagten zu wenden [3]). — Freilich hat auch in diesem Punkt die überhaupt in der Lehre unseres Gerichtsstandes zum Durchbruch gekommene Tendenz des neuern Rechtes:

---

1) Bethmann-Hollweg, Civilprozeß II. S. 487 u. Note 15 daselbst.
2) Über dieselbe Keller-Wach § 70, S. 338 ff. 3) So auch Heffter System S. 198.

Digitized by Google

daß das, wozu man sich außergerichtlich, civilrechtlich verpflichte, sogleich auch prozessualisch wirksam werde, schon in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz zu der z. B. von Linde[1]), wohl auch von Bayer[2]), vor allem aber von Martin[3]) vertretenen Ansicht geführt „es gehe der gewillkürte Gerichtsstand, wenn zulässig, den gesetzlichen vor und nur bezüglich der übrigen habe der Kläger die Wahl." —

Demnach wäre nicht der Beklagte allein, sondern auch der Kläger an das vereinbarte Forum gebunden.

Ausdrücklich bestimmte dies die bayerische Prozeßordnung von 1753, indem ihre Vorschrift[4]) sich an beide Parteien wendet. Allerdings vollzieht sich die Prorogation nach dem Recht des codex juris bavarici judiciarii erst mit der Streiteinlassung, aber von da ab ist der prorogierte Richter ausschließlich zuständig; denn die Streitteile „sind schuldig denselben in jener Sache forthin für ihren Richter zu erkennen." — Und in diesem Sinn, daß der Gerichtsstand, wenn einmal durch Einlassung auf die Klage begründet, ein ausschließlicher sei, ist auch die Bemerkung von Koch[5]) in Bezug auf das preußische Civilprozeßrecht richtig; „der vertragsmäßige Gerichtsstand gehe den übrigen vor, d. h. er begründe die exceptio fori incompetentis."

Eine besondere, erwähnenswerte Ansicht hierüber hat in der gemeinrechtlichen Doktrin Reatz[6]) aufgestellt, der ja, wie schon erwähnt, den Prorogationsvertrag schlechthin für prozessualisch wirk-

---

1) Lehrb. § 104, S. 134. 2) In ähnlichem Sinn lehrt dieser: „Der ordentliche; d. h. derjenige Richter, welcher wenn keine Prorogation stattgefunden hätte, in dieser Sache der zuständige Richter gewesen wäre." Vorträge S. 236 zu vergl. S. 238: „Die Wirkung einer gehörig geschehenen Prorogation besteht darin, daß das prorogierte Gericht in alle Rechte und Verbindlichkeiten des gesetzlich zuständigen eintritt." 3) Vorlesungen I. S. 304: „Der gewillkürte Gerichtsstand genießt vor den gesetzlichen den Vorzug, da die Privatwillkür da, wo sie zulässig ist, das nur subsidiäre Recht ausschließt. — Zu vergl. außerdem Stockmann, de jur. pror. „judex prorogatus, qui eandem in litigantes potestatem nanciscitur quam habuit ordinarius." — Osterloh, ordentl. bürgerl. Prozeß I. S. 219, § 146: „Der Kläger hat sich zuerst an dasjenige Gericht zu wenden, welchem sich die Parteien zulässiger Weise vertragsmäßig unterworfen haben." 4) Gerichtsordnung c. 1, § 17; cf. Seuffert, Kommentar I. S. 265. 5) Der preuß Civilprozeß § 73, S. 174.

6) In § 21 seiner Abhandlung „die Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes der freiwilligen Unterwerfung" S. 173 f.

Digitized by Google

sam erklärt. Er nimmt an, es könne der Kläger auf alle gesetzlichen Gerichtsstände verzichten und dadurch den Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung zu einem ausschließlichen machen. Dieser Vertrag auf Ausschließlichkeit eines bestimmten Gerichtes sei ein zweiseitiger Vertrag, Unterwerfungsvertrag des Beklagten, Verzicht des Klägers auf das Wahlrecht bezüglich der gesetzlichen Gerichtsstände. — Allein hiemit ist meines Erachtens nicht nachgewiesen, daß ein solcher Vertrag gemeinrechtlich wirksam sei, sondern nur gezeigt, wie er als wirksam zu denken sei.

De lege ferenda wird man sich freilich dafür entscheiden, es solle auch die Vereinbarung rechtswirksam sein, wonach nur das gewählte Gericht zuständig ist. Die Parteien prorogieren meist nur dann, wenn ein bestimmtes Gericht als künftiges Prozeßgericht beiden erwünscht ist. In diesem, dem Regelfall hat aber der Beklagte zum Mindesten ein eben so großes Interesse an der Aufrechterhaltung der Vereinbarung, wie der Kläger; verneint man also die Möglichkeit eines ausschließlichen forum prorogatum, so wird, wie Wach [1]) mit Recht bemerkt, dieses Rechtsinstitut um ein gut Teil seines praktischen Wertes beraubt.

Auf dem de lege ferenda richtigen Standpunkt stehen denn auch einige neuere Prozeßordnungen. Hieher gehören: die oldenburgische Prozeßordnung in Art. 28, § 1: „Der gewillkürte Gerichtsstand schließt die übrigen Gerichtsstände aus"; die badische Prozeßordnung in § 53 Abs. 1: „Der durch giltige Prorogation begründete Gerichtsstand geht den gesetzlichen vor, soweit diese nicht ausschließlich sind"; die württembergische Prozeßordnung in Art. 61: „Der durch giltige Uebereinkunft verabredete Gerichtsstand schließt die gesetzlichen Gerichtsstände als solche aus."

Da überdies durch diese Bestimmungen die gesetzlichen Gerichtsstände nur als solche ausgeschlossen waren, so konnten die Parteien, wenn an der Aufrechterhaltung des einen oder andern forum legale interessiert, auch bezüglich dieses einen Prorogationsvertrag abschließen, so daß dann die gesetzlich zuständigen als prorogierte Gerichte in Betracht kamen.

Die bayerische Prozeßordnung enthält, wie schon oben in anderm Zusammenhang erwähnt, in Art. 38 die Bestimmung: „Die Parteien können eine Streitsache auch an ein nicht zuständiges Ge-

1) Handbuch I. S. 504; de lege ferenda gleicher Ansicht Schwalbach, Arch. 64, S. 293, N. 54.

Digitized by Google

richt bringen." — Diese Worte berechtigen uns nicht nur zu der Auslegung, daß schon der außergerichtliche Prorogationsvertrag unmittelbar Zuständigkeit begründet [1]), sondern besagen jenes Mehr: daß auch exklusive Kompetenz rechtswirksam vereinbart werden kann [2]). Denn wenn das Gesetz sagt, daß die Parteien den Prozeß vor ein bestimmtes zuständiges Gericht bringen dürfen, so gewährt es wohl auch diese Vereinbarung durchzuführen die Möglichkeit. Diese ist aber nur dann geboten, wenn das Gesetz aus einem derartigen Vertrag gegenüber jedem andern, vom Kläger kontraktswidrig angegangenen Gericht dem Beklagten die Unzuständigkeitseinrede an die Hand gibt; also läßt das Gesetz durch einen auf ausschließliche Zuständigkeit gehenden Prorogationsvertrag alle andern Gerichte unzuständig werden. Dies ist denn auch als wahrer Sinn der angeführten Bestimmung anzunehmen.

Was endlich das französische Recht anlangt, so gibt dasselbe in Betreff der Wahl eines Wohnsitzes, die ja der Prorogation unseres Rechtes entspricht [3]), folgende Norm in Art. 59, § 9: „en cas d'élection de domicile pour l'exécution d'un acte devant le tribunal du domicile élu ou du domicile réel du defendeur." — Gesetzlicher und gewillkürter Gerichtsstand erscheinen demnach durchaus als konkurrierend; aber gleichwohl hat die französische Jurisprudenz nach dem Gesichtspunkt unterschieden, ob die Wahl eines Domizils im Interesse des künftigen Klägers oder Beklagten vorgenommen wurde [4]). In letzterm Fall, bemerkt Boitard [5]), können die letzten Worte des Art. 59 keine Anwendung finden; „alors le demandeur n'aurait plus l'alternative, mais devrait au contraire dans tous les cas assigner le defendeur devant le tribunal du domicile élu." — Also ist das prorogierte Gericht ausschließlich zuständig.

---

1) Oben S. 42/3. 2) Ebenso Schmitt, der bayerische Civilprozeß I. S. 320. „Die Wirkung besteht darin, daß der in statthafter Weise prorogierte Richter ganz und ausschließend an Stelle des gesetzlich kompetenten Gerichtes steht. 3) Unten S. 75 f. 4) Dagegen unter Berufung auf die Worte des Art. 59, § 9, der dem Kläger die Wahl lasse: Schlink, Komment. I. S. 392. 5) tome I. p. 150; ebenso Zachariä von Lingenthal, Handbuch des franz. Civilrechts I. S. 346. „Es hängt von der Willkür des Gläubigers ab, ob er seine Klage in foro domicilii electi oder in foro domicilii generalis anbringen will; code civil art. 111, code de proc. art. 59; wenn sich anders nicht aus der Vertragsurkunde ergibt, daß die Wahl zum Vorteil des Schuldners geschehen sei."

Digitized by Google

§ 3. Geltendes Recht.

Während in der badischen, oldenburgischen und württembergischen Prozeßordnung die ausschließliche Zuständigkeit des forum prorogatum direkt, in der bayerischen und französischen Prozeßordnung wenigstens indirekt ausgesprochen ist, gilt es hinsichtlich des Reichsrechts, aus der kurzen Bestimmung des § 38 den Gesetzeswillen zu enträthseln, ob eine derartige Vereinbarung wirksam sein soll oder nicht.

Die Frage bejahend, erklären die Motive, das Gesetz stehe nicht der Vereinbarung entgegen, daß der prorogierte Gerichtsstand ausschließlich sein soll [1]). Allein diese Äußerung nützt nichts, wenn nicht die lex lata selbst Mittel gewährt, eine derartige Vereinbarung durchzuführen. Durchaus unabhängig von derselben haben wir also an die Entscheidung dieser Frage heranzutreten.

Zuvor jedoch an eine andere, die mit der beregten Kontroverse zusammen behandelt wird. Dies ist die Frage, ob im Zweifel ausschließliche oder konkurrierende Zuständigkeit des forum prorogatum als gewollt zu präsumieren sei.

Freilich dient, dies zu ermitteln, in erster Linie die Auslegung des Vertrages. Für diesen Charakter als That- und Auslegungsfrage haben sich namentlich Birkmeyer [2]), auch Gaupp [3]), Wilmowski und Levy [4]) entschieden. Wach [5]) nimmt an, dies müsse immer That- und Auslegungsfrage sein. Dem gegenüber haben Westerburg [6]), Struckmann-Koch [7]), Förster [8]) die Vermutung gewollter Ausschließlichkeit aufgestellt. Letztere Ansicht wird vorzugsweise dadurch gestützt, daß nach der Natur des Vertragsrechts pacta im Zweifel so auszulegen seien, daß sie beide Teile gleichmäßig binden [9]).

Demnach müsse man annehmen, der Beklagte habe sich nur unter der Bedingung an das vereinbarte Gericht binden wollen,

---

1) Hahn II. 1. S. 162 unter Bezugnahme auf die norddeutschen Protokolle I. S. 72. 2) Indem er unterscheidet, je nachdem der Vertrag zu Gunsten des Klägers oder Beklagten abgeschlossen wurde; s. d. Verh. S. 39.

3) Kommentar I. S. 125. 4) Komm. zu § 38, Nr. 1. 5) Handbuch I. S. 504, Nr. 36. 6) In den schon mehrmals zitierten „Glossen zur Civilprozeßordnung f. d. deutsche Reich" in den Beiträgen zur Erl. d. d. Rechts, Bd. 21, S. 581 ff,; insb. S. 591. 7) Komm. S. 35, Bem. 3 zu zu § 38. 8) Komm. Anm. 4 zu § 38. 9) Westerburg a. a. O.

Digitized by Google

daß dieses ausschließlich zuständig sei. Freilich gibt gerade Westerburg zu, es sei auch der Gedankengang nicht ausgeschlossen: der Kläger begebe sich durch die Feststellung eines ausschließlichen Gerichtsstandes seines Wahlrechts; Verzichte aber seien nicht zu präsumieren; also müsse die fakultative Bedeutung des vereinbarten Gerichtsstandes vermutet werden. Zu letzterem Resultat kommt neuerdings auch Planck[1]): weil eine Verpflichtung des Klägers hinzutreten könne, aber nicht hinzutreten müsse, dürfe dies im Zweifel nicht angenommen werden, also auch nicht Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes.

Meines Erachtens ist vor allem hervorzuheben, daß in einem Fall die gewollte Ausschließlichkeit des forum prorogatum doch außer allem Zweifel steht. Vereinbaren nämlich die Parteien von mehreren zuständigen Gerichten ein bestimmtes, so kann das, weil Kompetenz bereits besteht, doch nur den Sinn haben, daß nunmehr ausschließliche bestehen soll.

Was aber die vereinbarte Wahl eines bisher unzuständigen Gerichtes anlangt, so werden immerhin Fälle denkbar sein, daß der Vertrag durchaus kein sicheres Resultat bietet hinsichtlich der Frage: War der übereinstimmende Wille der Kontrahenten auf ausschließliche oder konkurrierende Zuständigkeit gerichtet? Für solche Fälle möchte ich mich aber doch für die Präsumtion gewollter Ausschließlichkeit entscheiden, nicht so fast aus dem mehr civilrechtlichen Gesichtspunkt, daß Verträge eher als zweiseitige, beide gleich verpflichtende zu interpretieren sind, sondern deshalb, weil die Stellung unseres Kompetenzgrundes im geltenden Recht diese Entscheidung verlangt. Er soll dem beiderseitigen Parteiinteresse entsprechen. Formell ist dabei allerdings der Beklagte immer der Verpflichtete. Aber nicht um eine prozessuale Verpflichtung zu übernehmen, sondern meist weil der vereinbarte Gerichtsstand ihm selbst genehm, ja vorteilhaft ist, willigt er in denselben, und hat deshalb an dessen Wahl seitens des Klägers ein Interesse. Also ist naturale negotii Vereinbarung einer, beide Kontrahenten gleichmäßig bindenden, d. h. ausschließlichen Zuständigkeit, sie ist demnach immer dann anzunehmen, wenn der Vertrag selbst über diesen Punkt keinerlei Aufschluß gewährt. — Indessen wird in den meisten Fällen ohnehin die ausschließliche Zu-

1) Wenn er (Lehrb. I. S. 82) lehrt: „seiner rechtlichen Natur nach ist der Gerichtsstand der Vereinbarung im Zweifel kein ausschließlicher, weil der Kläger auf die aus der Vereinbarung ihm erwachsenen Rechte verzichten kann."

Digitized by Google

ständigkeit des prorogierten Gerichtes als beiderseitig gewollt feststehen; und hiemit kehren wir zur Frage nach der Wirkung dieses Vertrages zurück.

Sie ist entweder blos eine civilrechtliche, oder eine prozessuale. Bei ersterer Annahme käme es darauf an, ob nach dem betreffenden Civilrecht — denn das Reichsrecht hat dies nicht geregelt — ein derartiger, formloser Vertrag klagbar ist. Wenn dieses die allgemeine Klagbarkeit der Verträge anerkennt, könnte allerdings auf das Interesse geklagt werden [1]). Aber das durch das kontraktswidrige Handeln des Klägers verletzte Interesse des Beklagten abzuschätzen, würde jedenfalls sehr schwierig, oft genug unmöglich sein. So könnte eigentlich nur die Festsetzung einer Conventionalstrafe dem Vertrag eine praktische Bedeutung geben, während doch dem Beklagten vor allem eine prozeßhindernde Wirkung desselben erwünscht sein muß. Daß der Prorogationsvertrag ohne letztere Wirkung nicht als zweckmäßig, ja seine legislative Regelung fast als Ungerechtigkeit gegen den Beklagten erscheinen müßte, ist klar. Wird man aber durch diese Erwägung auf den entgegengesetzten Standpunkt gedängt, der Prorogationsvertrag sei prozessualisch wirksam. so muß man sich darüber, wie er wirksam wird, schlüssig machen.

Die eine mögliche Beantwortung dieser Frage würde die Annahme bilden, daß in dem gedachten Fall der gesetzlich zuständige Richter zwar nicht unzuständig werde, aber dennoch dem Beklagten aus dem Vertrag ein Weigerungsrecht zustehe. Dieser Gedanke liegt, wenn ich recht verstehe, den Worten von Planck [2]) zu Grunde, „daß aus einem derartigen Vertrag dem anderswo Beklagten die gleichfalls verzichtbare Befugnis der Einlassungsweigerung erwachse.“ Es ist damit wohl eine der Unzuständigkeitseinrede analoge Weigerungsbefugnis gegenüber dem zuständigen Gericht gemeint. Und ähnlich scheint sich Fitting [3]) den Rechtsbehelf des Beklagten vorzustellen, wenn er ihn „ein nach den gesetz-

1) So Hellmann, Lehrb. S. 128: „Eine dem Civilrecht angehörige Frage wird es sein, ob die Verletzung der Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes durch Angehung eines andern Gerichtes Schadensersatzanspruch begründen kann.“ 2) Lehrbuch I. S. 82. III; zu vergl. S. 402 eod. N. 9, wo aus einer derartigen Vereinbarung nur ein Vertragsrecht, also nicht die prozessuale Wirkung der Unzuständigkeit der ausgeschlossenen Gerichte abgeleitet wird. 3) Arch. 63, S. 250. Daraus geht nämlich hervor, daß er es nicht mit der sonstigen Unzuständigkeitseinrede identifiziert, welche allerdings für ihn auch nur die „sogenannte Einrede der Unzuständigkeit“ ist.

Digitized by Google

lichen Regeln an sich nicht bestehendes Ablehnungsrecht nennt, das juristisch als eine exceptio pacti erscheine." — Allein vor allem ist eine aus der Vereinbarung ausschließlicher Zuständigkeit hervorgehende besondere Einrede der Einlassungsweigerung nirgends im Gesetz anerkannt; sie stünde aber auch im Widerspruch mit dem Prinzip, daß ein prozessuales Weigerungsrecht gegen das zuständige Gericht nicht Platz greifen kann. — So bleibt nur die andere Beantwortung der gestellten Frage, nämlich die Annahme, es werde durch den fraglichen Vertrag allen übrigen Gerichten ihre Zuständigkeit entzogen. Ist dies der Fall, so entsteht ihnen gegenüber die Einrede der Unzuständigkeit, — das einzig geeignete Mittel, den Vertrag durchzuführen.

Hiefür hat sich denn auch die Mehrzahl der Schriftsteller erklärt, so Westerburg [1]), Petersen [2]), Seuffert [3]), Struckmann-Koch [4]) und Wach [5]), — sämmtliche freilich ohne alle nähere Begründung. Allein ist dies wirklich so unzweifelhaft, so unbestritten? In der That haben sich gegen diese Ansicht Schwalbach [6]) und Hellmann [7]) ausgesprochen.

Das Gesetz gestatte — so argumentiern Letztere — nirgends den Parteien, den gesetzlich zuständigen Gerichten die Zuständigkeit durch Vertrag zu entziehen. „Alles, was das Gesetz dem Parteiwillen in § 38 überlasse, bestehe in der Konstituierung einer bis zur Vereinbarung nach den sonstigen, gesetzlichen Bestimmungen nicht bestehenden Zuständigkeit" [8]). Demnach könne aber auch nicht aus dem Vertrage die Einrede der Unzuständigkeit abgeleitet werden, und ein anderes Mittel, denselben im Prozeß durchzuführen gebe es nicht, indem der civilrechtliche Entschädigungsanspruch keine prozessuale, verzögernde Wirkung habe.

Zunächst scheint § 38 allerdings die Ansicht von Hellmann zu bestätigen, indem derselbe nur Zuständigkeit zu begründen den Parteien ausdrücklich einräumt. Sollen sie wirklich das Verfahren

---

1) Beiträge Bd. 21, S. 590 ff. 2) Kommentar zu § 40, S. 67 im 1. Bd. „die Parteien können bestimmen, daß nur das von ihnen gewählte Gericht zuständig sei." Ähnl. in der Zeitschr. III. S. 216, N. 2 „der aus der Vereinbarung abgeleitete Einwand ist immerhin als Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes und als prozeßhindernde Einrede anzusehen." 3) Komm. zu § 38, Bem. 2, S. 45. 4) Komm. (4. Aufl.) S. 35, Bem. 2. 5) Handb. I. S. 503. 6) Arch. 64, S. 293, N. 54. 7) Lehrbuch § 25, IV. S. 127/8. 8) So Hellmann a. a. O.

Digitized by Google

soweit regeln können, daß sie einem Gericht, welches die staatliche Kompetenzordnung als befähigt und befugt zur Entscheidung eines bestimmten Prozesses erklärt hat, diese öffentlich-rechtliche Qualität wieder entziehen? — Daß die bejahende Antwort nicht durch Bezugnahme auf C.P.O. § 851 gestützt werden kann, vielmehr dieses Argument [1]), konsequent angewendet, zu einem Konventionalprozeß führen würde, — darin ist Hellmann nur beizustimmen. Allein andrerseits bleibt nach den bisherigen Ausführungen kein anderer Ausweg für die prozessuale Durchführbarkeit des **forum prorogatum exclusivum** als eben die Annahme, daß dessen Vereinbarung die gesetzliche Zuständigkeitsordnung in ihrer Anwendung ausschließt. Im Gesetz ist allerdings nirgends ausdrücklich anerkannt, daß die Parteien durch Vereinbarung die Zuständigkeit eines Gerichtes aufheben können; allein dieser Satz steht ja jedenfalls bezüglich der vereinbarten Zuständigkeit fest [2]), die doch dieselbe rechtliche Natur hat, wie die auf gesetzlichen Kompetenzgründen beruhende Zuständigkeit.

Des weitern spricht für die hier vertretene Ansicht folgender Umstand. Die Bestimmung, daß der Kläger unter mehreren zuständigen Gerichten die Wahl hat (§ 35) ist unmittelbar angereiht an die Statuirung der „gesetzlichen" Kompetenzgründe, obwohl sich die Vorschrift gewiß auch auf die prorogierten Gerichte beziehen kann. Durch diese Stellung des § 35 ist wohl angedeutet, daß das Gesetz zunächst nur bei Konkurrenz von **fora legalia** klägerisches Wahlrecht Platz greifen läßt, dagegen solche Wahl bei stattfindender Prorogation nur ausnahmsweise, d. h. wenn es der Vertrag erlaubt, gestattet.

Vor allem aber ergibt sich unsere These aus der Natur des dispositiven Rechtes. Sein Wesen besteht darin, daß der Gesetzgeber sich ausdrücklich mit der von den privaten Rechtssubjekten gesetzten Rechtsregelung einverstanden erklärt und daneben seine eigene, genauere Rechtsnormierung zurücktreten läßt; sie soll nur zur Anwendung kommen, wenn nicht die Parteien selbst eine Normierung vorgenommen haben [3]). So tritt z. B. die testamentarische, durch sub-

---

1) Welches Westerburg (a. a. O. S. 591) geltend macht. 2) Unten S. 92. 3) Zu vergl. hierüber insbesondere Bülow „Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung" Arch. 64, S. 1—109. „In erster Linie wird die konkrete rechtliche Regelung dem Individualwillen anheimgestellt, z. B. dem Erblasser gestattet, die Erbfolge selbst festzusetzen oder den Parteien, die Kompetenz des Gerichtes selber zu bestimmen. Für den Fall

Digitized by Google

jektive Disposition geregelte, aber vom Gesetzgeber innerhalb gewisser Schranken im Voraus gutgeheißene Rechtsnormierung nicht neben, sondern statt der gesetzlichen Erbfolge ein, sie nicht in abstracto aufhebend, wohl aber ihre Anwendung in concreto ausschließend. Dieselbe Bedeutung hat aber auch das dispositive Prozeßrecht. Und um solches handelt es sich bei der der Parteivereinbarung unterliegenden Zuständigkeitsordnung. Dies hat Hellmann selbst anerkannt. „Die gesetzlichen Zuständigkeitsregeln", lehrt er, „wollen nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Parteien nicht von der ihnen gleichfalls eingeräumten Befugnis Gebrauch machen, den Rechtsstreit vor ein von ihnen vereinbartes Gericht zu bringen"[1]). — Kommen aber bei vorliegender Zuständigkeitsvereinbarung die gesetzlichen Kompetenzregeln überhaupt nicht zur Anwendung, so erzeugt eben der betreffende Zuständigkeitsgrund in diesem Fall keine Zuständigkeit; mit andern Worten: durch den Vertrag auf ausschließliche Zuständigkeit wird auch wirklich ausschließliche Kompetenz des vereinbarten Gerichtes begründet. —

Doch ist dabei noch hervorzuheben, daß die rechtliche Natur und Bedeutung dieser ausschließlichen Zuständigkeit durchaus dieselbe ist, wie die einer konkurrierenden, durch irgend einen gesetzlichen Kompetenzgrund erzeugten Zuständigkeit. Ihr Unterschied von einer ex lege bestehenden Ausschließlichkeit zeigt sich in folgenden Punkten:

1) Diese Zuständigkeit kann durch eine spätere Vereinbarung wieder aufgehoben werden. Dem steht nicht entgegen, daß § 40, Abs. 2 bei ausschließlicher Zuständigkeit die Prorogation verpönt. Denn die dieser Vorschrift zu Grunde liegende ratio „es solle die Befassung mit der Sache einem Gericht überall da gewahrt werden, wo dasselbe in Bezug auf Gattung oder Lage oder beide Momente wegen eines obwaltenden öffentlichen Interesses als allein zuständig bestimmt ist"[2]), kann nicht zutreffen, wo die Zuständigkeit überhaupt, oder doch die Ausschließlichkeit nur einem durch die Vereinbarung dokumentierten Parteiinteresse entsprungen ist. Ein derartiger Pro-

---

aber, daß eine solche Individualbestimmung unterbleibt, stellt das abstrakte Recht in zweiter Linie eine Regel auf, die in Ermanglung der Individualbestimmung Platz greifen soll." Daraus geht wohl mit Sicherheit die Entscheidung der Frage in unserm Sinn hervor; ähnlich aus dem S. 74 f. Bemerkten, wo es heißt, daß das Gesetz der dispositiven Regelung durch die Parteien vor der eigenen den Vorzug gebe.

1) So Lehrbuch S. 81; cf. Bülow a. a. O. S. 82; Weismann, Hauptintervention S. 117, Nr. 19. 2) Vgl. oben S. 24.

Digitized by Google

rogationsvertrag kann also wie jeder andere durch contrarius consensus aufgehoben oder doch hinsichtlich der Ausschließlichkeit des Gerichtes umgeändert werden[1]).

2) Daraus, aus der Nichtbeteiligung eines überwiegenden, öffentlichen Interesses an der Aufrechterhaltung des forum prorogatum exclusivum ergibt sich als weiterer Unterschied desselben von den Fällen gesetzlicher, ausschließlicher Zuständigkeit, daß dasselbe nicht durch eine Offizialprüfung in dem unten zu erörternden Sinn aufrecht erhalten werden muß.

3) Wenn ein Gericht als ausschließlich zuständiges vereinbart worden ist, werden dadurch zwar alle übrigen gesetzlichen Thatbestände ausgeschlossen, welche sonst eine konkurrierende Kompetenz anderer Gerichte begründen würden. Doch bildet eine Ausnahme der Thatbestand des § 39, weil diese Norm in allen Fällen Platz greift, in denen nach dem Ausdruck des Gesetzes „die Einrede der Unzuständigkeit verzichtbar" ist[2]). Dies ist sie aber innerhalb der verschiebbaren Kompetenzordnung überhaupt, also auch da, wo ein ausschließlicher Gerichtsstand vereinbart wurde. Demnach wird die Exklusivität des vereinbarten Gerichtsstandes durch den Thatbestand des § 39 aufgehoben.

4) Endlich hängt mit dem sub 1) dargelegten Grundsatz: daß die der ausschließlichen Zuständigkeit eines forum prorogatum gegenüberstehende Unzuständigkeit der andern Gerichte jederzeit durch Vereinbarung aufgehoben werden kann, auch der Satz zusammen: daß ein Gericht, welches für die betreffende Rechtssache wegen eines derartigen Vertrages unzuständig ist, doch als Gericht der Widerklage zuständig werden kann. Denn das Anwendungsgebiet des fo-

---

1) So auch Struckmann-Koch, Bem. 2 zu § 40, S. 36 inf. Brinkmann, die Begründung der Klagen des Reichsrechts und des gem. Rechts nach der Civilproceßordnung I. S. 75: Wenn die Ausschließlichkeit auf Vereinbarung beruht, ist die Vorschrift des § 40 nicht anwendbar". —

2) Übereinstimmend: Seuffert, Komm. S. 45, Bem. 2 zu § 38; Planck, Lehrbuch § 21 a. E. S. 82, indirekt „die gleichfalls verzichtbare Befugnis" u. s. w. Ausdrücklich anerkannt wurde dieser Rechtssatz in der württemb. Prozeßordnung, Art. 61. „Der durch giltige Übereinkunft verabredete Gerichtsstand schließt die gesetzlichen als solche aus, er wird aber seinerseits durch eine nachfolgende, selbst stillschweigende Prorogation ausgeschlossen". — Mit der „stillschweigenden" Prorogation ist aber die (unserm § 39 entsprechende) prozessuale Zuständigkeitsnorm der Art. 24, Abs. 3 und Art. 59, Abs. 2 gemeint.

Digitized by Google

rum reconventionis ist nach einem allgemein giltigen Satz deutschen Prozeßrechts[1]), den die Reichscivilprozeßordnung in § 33, Abs. 2 rezipiert hat, das gleiche wie das der Zuständigkeitsvereinbarung. — Indessen bedarf dieser Punkt genauerer Feststellung.

Unrichtig ist gewiß die Behauptung von Loening[2]), daß ein das forum reconventionis ausschließender Gerichtsstand selbst wieder durch Vereinbarung begründet werden kann. Die Sache liegt vielmehr so: der unter den Normen über den „Gerichtsstand" vorfindliche § 33 will jedenfalls örtliche Zuständigkeit verleihen[3]), und zwar in all' den Fällen, in denen selbige auch durch Vereinbarung begründet werden könnte. Nun steht aber nach dem sub 1 Gesagten fest, daß die Parteien eine auf ausschließliche Zuständigkeit eines Gerichtes von bestimmter Lage abzielende Vereinbarung wiederum aufheben und durch eine neue Vereinbarung Zuständigkeit des als forum reconventionis in Betracht kommenden Gerichts begründen könnten. Ist dem so, so muß nach § 33 Abs. 2 das durch die Vereinbarung mit allen übrigen unzuständig gewordene Gericht zuständig werden als Gericht der Widerklage.

Etwas anders verhält es sich mit der sachlichen Zuständigkeit. Obwohl die Civilprozeßordnung über diese nichts ausdrücklich bestimmt hat, so wird doch mit Loening[4]), Wach[5]), Seuffert[6]) und Andern[7]) anzunehmen sein, daß § 33 zugleich implicite für die Landgerichte eine Zuständigkeitsnorm aufstellt, welche man mit Wach[8]) dahin formulieren kann: „Die landgerichtliche Kompetenz zieht die prozessualisch konnexe amtsgerichtliche Sache nach sich." — Bei

---

1) Darum auch die in der gemeinrechtlichen Doktrin (cf. Kemmerich, de pror. jur. § 3; Glück, Komm. III. S. 171 ff.) lange Zeit festgehaltene Einteilung der prorogatio in eine voluntaria und necessaria, aus der Auffassung hervorgehend, „daß auch die Statuierung des forum reconventionis eine Erweiterung, Erstreckung, Prorogation der Kompetenz des Gerichtes über deren zunächst angeordnete Grenzen hinaus darstelle". So Löning (die Widerklage im Reichscivilproceß) in der Ztschr. IV. S. 62. — Wetzell, System, S. 480, N. 28; gleiche Beschränkungen beider z. B. bei Kleinfeller, Ger. der Widerklage S. 28. 2) In der Ztschr. IV. S. 99; nach dem Inhalt des § 28 „Zulässigkeit der Prorogation" ist offenbar seine Behauptung auf die sachliche wie örtliche Zuständigkeit zu beziehen. 3) Zu vergl Löning a. a. O. S. 105 Note 136. 4) Ztschr. IV. S. 114 Nr. 143. 5) Handbuch I. S. 364. 6) Komm. S. 38, Bem. 4 zu § 38. 7) So Struckmann-Koch S. 29, Bem. 5 zu § 33; neuerdings Planck, Lehrbuch I. S. 73 und N. 23 daselbst. 8) A. a. O.

Digitized by Google

dem Verhältnis zwischen Landgericht und Amtsgericht ist diese Annahme unbedenklich, ja sie ergibt sich mit Sicherheit aus C.P.O. § 467, Abs. 1[1]). — Das Amtsgericht wird für die landgerichtliche Widerklage nicht zuständig, hat vielmehr auf rechtzeitigen Antrag seine Unzuständigkeit auszusprechen. Also wollte der Gesetzgeber in § 33 den Gerichten überhaupt örtliche Zuständigkeit, den Landgerichten zugleich sachliche Zuständigkeit für die Widerklagen verleihen; also auch Zuständigkeit für die amtsgerichtlichen Widerklagen, welche durch Vereinbarung amtsgerichtliche Sachen geworden sind. Und es ergibt sich folgende Behandlung.

Ist die ausschließliche Zuständigkeit eines Amtsgerichtes vereinbart worden, so kann die Sache als Widerklage gleichwohl vor einem Landgericht verhandelt werden; denn das Gesetz verleiht dem Landgericht als forum reconventionis auch sachliche Zuständigkeit. Dagegen gilt nicht das Gleiche, wenn die Vereinbarung auf ein Landgericht abzielte und die Vorklage vor einem Amtsgericht verhandelt wird. Freilich könnte die Zuständigkeit desselben für die landgerichtliche Widerklage auch durch Vereinbarung begründet werden; aber den Amtsgerichten will § 33 Abs. 2 nach der angenommenen Auslegung nur örtliche Zuständigkeit verleihen, wenn ihnen diese mangels eines gesetzlichen Grundes oder infolge der Vereinbarung eines bestimmten Amtsgerichtes fehlt. Also wird in diesem Fall das dem Amtsgericht vorgesetzte Landgericht als forum reconventionis zuständig, wenn der Beklagte den Verweisungsantrag stellt.

Man mag die hier gezogene Konsequenz aus der rechtlichen Natur der prorogierten ausschließlichen Zuständigkeit mißlich finden, weil es demnach dem einen Kontrahenten des Prorogationsvertrages möglich werde, als Widerkläger die prozessuale Durchführung der Vereinbarung auf ausschließliche Zuständigkeit eines bestimmten Gerichtes zu verhindern. — Allein diese Erwägung beweist nichts gegen die Folgerichtigkeit unserer Ansicht. Wenn einerseits einem zuständigen Gericht gegenüber kein Weigerungsrecht des Beklagten gedacht werden kann, anderseits nach dem klaren Wortlaut des § 33 Abs. 2 der Gerichtsstand der Widerklage auch dann Platz greift, wenn eine derartige Vereinbarung vorliegt, so wird durch Erhebung der Widerklage in den gedachten Fällen die prozessuale Wirkung jener Vereinbarung aufgehoben.

---

1) Der freilich keine Kompetenznorm ist, — Seuffert, Komm. S. 534, Bem. 1a zu §. 467 — aber doch eine nirgends direkt ausgesprochene Norm sachlicher Zuständigkeit voraussetzt.

Digitized by Google

Insoweit es sich dort um Widerklagen handelt und § 33 in Anwendung kommt, gelten die soeben dargelegten Grundsätze auch für die in § 253 der Civilprozeßordnung gedachten Klagen[1]). Im Übrigen wird eine besondere Zuständigkeitsnorm meines Erachtens in diesem § nicht aufgestellt, vielmehr zur Zulässigkeit derselben sachliche und örtliche Kompetenz des Gerichtes verlangt[2]); aber jene, oder diese oder auch beide können mangeln in Gemäßheit eines vorliegenden Prorogationsvertrages.

IV. Capitel.

Der Prorogationsvertrag als Rechtsgeschäft.

§. 1. Seine wesentlichen Bestandteile.

Gemeinrechtlich ward der Prorogationsvertrag vorzugsweise als Unterwerfungsvertrag des Beklagten aufgefaßt[3]). Durch ihn, lehrte man, verpflichtete sich der Beklagte zur Einlassung auf die beim verabredeten Gericht erhobene Klage. Diese Definition trifft zu, solange der Prorogationsvertrag die Verpflichtung vorbehaltloser Einlassung nicht als gesetzliche, sondern zunächst als vertragsmäßige Wirkung hervorbringt, mit andern Worten: solange er noch nicht selbst Zuständigkeit begründet. Allein an derselben hielten auch Schriftsteller fest, die den Prorogationsvertrag des gemeinen Rechts als unmittelbaren Zuständigkeitsgrund erklärten, wie namentlich auch Reatz[4]). Dieser unterscheidet die Form des älteren, römischen Prorogationsvertrages und die des neueren, als gerichtliche, freiwillige Unterwerfung einerseits, vertragsmäßig freiwillige Unter-

---

1) Sie erwähnt hinsichtlich des Prorogationsvertrages Seuffert, Kommentar S. 45: „die auf einen Prorogationsvertrag gestützte Einrede der Unzuständigkeit steht jedem der Kontrahenten auch zu gegenüber der Erhebung einer Inzidentklage oder Inzident-Widerklage (§ 253). Wird der Inzidentklage oder Inzident-Widerklage die auf ein pactum de foro prorogando gestützte Unzuständigkeitseinrede eingestellt (soll wohl heißen: „entgegengestellt"), so ist die Klage oder Widerklage abzuweisen. Das Gericht kann über den Präjudizialpunkt in den Gründen entscheiden, aber ohne daß die Entscheidung darüber rechtskräftig würde". 2) Überzeugend ist die klare Darlegung bei Wach, Handbuch I. S. 488, insbesondere auch die Entstehungsgeschichte in Note 8 daselbst; neuerdings auch Planck in der N. 22 zu § 19 des Lehrbuchs I. S. 72, 73.

3) Zu vergl. die Definition des Vertrages bei Kemmerich, der pror. jur. § 7. — 4) S. 166.

Digitized by Google

werfung andrerseits. In der That wurde der Prorogationsvertrag unter dem Gesichtspunkt einer daraus für den Beklagten hervorgehenden Verflichtung aufgefaßt[1]).

Für die neuern Prozeßordnungen, einschließlich der Reichscivilprozeßordnung kann an dieser Definition nicht festgehalten werden. Irgend eine Verpflichtung läßt sich allerdings auch hier zum Gegenstand des Vertrages machen und dadurch kann der Vertrag auch civilrechtliche Wirkungen äußern. Aber dies ist nicht wesentlich. Die Verpflichtung tritt, wie schon an einer andern Stelle[2]) betont wurde, zurück neben der von selbst eintretenden prozessualen Rechtswirkung der Gerichtszuständigkeit. Auf diese Wirkung muß der Wille beider Parteien gerichtet sein und ist sie in der ausschließlichen oder konkurrierenden Zuständigkeit des vereinbarten Gerichtes gegeben, so braucht es keine weitere Verpflichtung und kein kontraktmäßiges Handeln mehr, um den Endzweck des Rechtsgeschäftes, die rechtsgiltige Entscheidung der betreffenden Streitsache durch das vereinbarte Gericht zu erreichen. Das Entscheidende, Wesentliche ist also die Beredung einer prozessualen Rechtswirkung. Darum können wir den Prorogationsvertrag des geltenden Rechts, die „Vereinbarung" des § 38 dahin definieren: Sie ist ein prozessuales[3]) zweiseitiges Rechtsgeschäft, mittels dessen von den Parteien die Wirkung der Zuständigkeit eines bestimmten Gerichtes bezweckt wird[4]). —

Es handelt sich nunmehr darum, aus dieser Definition mehrere Konsequenzen zu ziehen.

a) Der Vereinbarungswille wird ausgeschlossen durch Zwang und Irrtum. Indem uns die Definition die Essentialien des Vertrages nennt, nennt sie uns zugleich die Punkte, hinsichtlich deren kein Irrtum auf Seite des einen oder andern Kontrahenten bestehen darf, wenn ein giltiger Prorogationsvertrag zu Stande kommen

---

1) Reatz a. a. O. „Die Handlung, zu der der Beklagte sich durch den Unterwerfungsvertrag verpflichtet, ist die Einlassung auf die an einem bestimmten Gericht erhobene Klage. Zu einem Mehr verpflichtet sich der Beklagte durch den Vertrag nicht". 2) Oben S. 63. — 3) Auch außerhalb des Prozesses vorgenommen ist sie eine prozessuale Handlung; zu vergleichen Planck, Lehrbuch I. S. 80 oben; sonstige prozessuale Verträge bei Wach, Das Geständnis, Arch. 64, S. 245. 4) Wach, Handbuch I. S. 502 definiert: „Die Vereinbarung ist der Prorogationsvertrag, das prozessualische, weil auf spezifisch prozeßrechtliche Wirkung gerichtete, zweiseitige Rechtsgeschäft, welches Zuständigkeit schafft."

Digitized by Google

soll. Es sind aber diese wesentlichen Momente: die Person des andern Kontrahenten, ein bestimmtes Gericht, dessen bisherige Unzuständigkeit, endlich, da der Prorogationsvertrag, wie später zu erörtern ist, immer als spezieller Kompetenzgrund erscheint, ein bestimmtes Rechtsverhältnis oder ein bestimmter Prozeß, für den er abgeschlossen wird. Irrtum über irgend eines dieser Momente schließt den Konsens aus und damit die Gerichtsstandbegründung; aber mit gutem Grund hat die ältere und neuere Doktrin vorzugsweise den Irrtum über die Unzuständigkeit des Gerichtes als einen den Vertragswillen ausschließenden Umstand hervorgehoben. Schon die römischen Juristen [1]) haben mit aller Deutlichkeit diese aus dem Begriff des consensus [2]) unabweisbar folgende Konsequenz ausgesprochen und von den neuern Schriftstellern besonders zutreffend Fitting [3]), wenn er sagt: „Zum Wesen einer Vereinbarung gehört als erstes und wesentlichstes Moment der übereinstimmende Wille, etwas, was außerdem nicht eintreten würde, zu bewirken". Der Wille, das Gericht zum zuständigen zu machen, setzt notwendiger Weise das Wissen voraus, daß das Gericht unzuständig sei. Der Irrtum, mag er nun verschuldet oder unverschuldet sein, muß den Konsens über die hervorzubringende Rechtswirkung ausschließen [4]). Und daraus ergibt sich der für den zweiten Teil der Abhandlung wichtige Satz: Wo immer das Gesetz einen Vorgang als Zuständigkeitsvereinbarung bezeichnet, bei dem Irrtum über die Zuständigkeit nicht ausgeschlossen ist, operiert es mit einer Fiktion. —

b) Bei dem Rechtsgeschäft muß der Wille der Kontrahenten unmittelbar auf die Wirkung der Zuständigkeit des Gerichtes gehen, und dadurch unterscheidet sich dieser Thatbestand von jedem andern Zuständigkeitsgrund. Einen mehr oder minder indirekten Einfluß haben die Parteien auch bei Konstituierung jedes andern Gerichtsstandes, sie gestalten durch ihr Handeln und Verhalten die abstrakte Zuständigkeitsordnung konkret. Aber bei keinem andern kompetenz-

---

1) Ulpianus in l. 2 pr. D. de jud. (5, 1) und derselbe in l. 15 D. de jur. (2, 1). 2) „Error non habet consensum" in l. 2 pr. c. und „non consentiunt, qui errant" in l. 15 c. 3) Ztschr. VI. S. 287/8; ähnlich Just im civ. Arch. 68 S. 268/9. 4) Mit Recht bemerkt Fitting über diese These (VI. S. 279/80): „Dies ist nicht nur im römischen Recht ausdrücklich ausgesprochen, sondern es ist auch schon an und für sich so klar und ist bereits so oft und überzeugend ausgeführt worden, daß jedes längere Verweilen müßig erscheinen müßte".

Digitized by Google

begründenden Thatbestand ist der Wille der Parteien auf die Zuständigkeit des Gerichtes selbst gerichtet, auch nicht bei dem in dieser Beziehung dem forum prorogatum am nächsten stehenden forum contractus. — Beide sind in Theorie und Praxis oft verwechselt worden. Zutreffend gibt ihre Unterscheidung Wach[1]), wenn er lehrt: „Hier wird die Streitsache (res in judicium deducenda), weil in den Gerichtssprengel gehörig, von der regelrechten Kompetenz des Gerichtes ergriffen, dort wird die einem andern Gerichtssprengel angehörige Sache durch Begründung des Streitverhältnisses vor das inkompetente Gericht gezogen". — Hierher gehören als oft gebrauchte Beispiele einer Beredung des Erfüllungsortes, nicht einer Gerichtsstandsvereinbarung die Wechselklausel: „zahlbar aller Orten", in der man mitunter eine prorogatio fori erblickte[2]), ferner der Vertrag, „daß man dort Recht geben solle und wolle, wo man zur Zeit der fälligen Forderung sich gerade aufhalten werde" u. s. w.[3]).

Es fragt sich aber, ob in den Fällen, in denen in der That die prozessuale Wirkung der Gerichtsstandsbegründung bezweckt wird, eine auf alle Gerichte lautende Vereinbarung Giltigkeit hat. Nur prorogierbare Gerichte können gemeint sein; in diesem Umfang aber hält in der gemeinrechtlichen Doktrin Voët[4]) und Reatz[5]) eine derartige Prorogation für rechtswirksam. Diese Entscheidung müssen wir wohl auch für das geltende Recht acceptieren. Denn wo nur der Wille der Parteien direkt auf die Gerichtsstandsbegründung gerichtet ist, genügt zur Vereinbarung, also auch zur Hervorbringung

---

1) Arch. 62 S. 374/5; schon Durantis (speculum judiciale) unterscheidet den generellen Prorogationsvertrag von der Beredung eines Erfüllungsortes, wenn er darüber sagt: Wird versprochen, überall ohne Gebrauch der praescriptio fori zu zahlen, so wird Zuständigkeit begründet. Wird nur der Nichtgebrauch der Einrede versprochen, so findet vor der litiscontestatio ein Reurecht des Beklagten statt. Er hält also ersteres für eine den Gerichtsstand erzeugende Vereinbarung des Erfüllungsortes, letzteres für eine Prorogatio, von der er ja (oben S. 34) bis zur litiscontestatio ein Zurücktreten gestattet. 2) So in einer aus der Praxis des Oberappellationsgerichtes Kassel mitgeteilten Entscheidung bei Reatz S. 171, N. 4. 3) Über das gemeine Recht noch Struvius, c. 2 th. 7; — Stockmann § 11 in fine; Glück, Komm. III. S. 207. 4) Comm. ad Pand. II, 1 § 31; er nennt dies eine prorogatio generalis, dum quis in instrumento se ac sua judicum omnium jurisdictioni subjecit, vel nulla fori praescriptione se usurum professus est. Er hält sie mit Rücksicht auf die l. 29 C. de p. für wirksam, berichtet jedoch von einer Praxis, die nur die prorogatio specifica anerkenne. 5) S. 171.

Digitized by Google

der prozeßrechtlichen Wirkung, daß ein bestimmt gewolltes Gericht sich ermitteln läßt. Daß auch alle prorogierbaren Gerichte gewählt sein können, daß der Beklagte sich allen Gerichten durch die Prorogation unterwerfen kann, dürfte demnach nicht zu bezweifeln sein. Insofern hat meines Erachtens die Klausel „klagbar aller Orten" Bedeutung und rechtliche Wirkung[1]). Denn es sind, wenn man sich allen Gerichten unterwirft, lauter bestimmte Gerichte gewollt, wenn auch faktisch darin eine Unterwerfung liegt unter das einstweilen noch unbestimmte Gericht, welches der Kläger angehen wird.

In diesem Zusammenhang, — bei der Unterscheidung zwischen forum prorogatum und forum contractus, — ist auch noch das französische Rechtsinstitut des domicile élu zu erwähnen[2]). — Das französische Recht kennt einmal diese Form der Prorogation, daß vor dem unzuständigen Gericht die Einrede der Inkompetenz freiwillig nicht erhoben wird — und dies wird von der französischen Doktrin zutreffend als Verzicht auf eine bloß im Interesse des Beklagten aufgestellte Prozeßvoraussetzung aufgefaßt, — daneben die élection d'un domicile pour l'exécution d'un acte. Im erstern Fall wird der Richter sozusagen nur thatsächlich, wenn auch rechtsgiltig mit der Sache befaßt, und kann dieselbe noch ablehnen, wenn selbst die Partei ihre deklinatorische Einrede wegen Inkompetenz des Gerichtes (l'exception d'incompétence, renvoi) verwirkt hat[3]). — Dagegen ist die Wirkung der Wahl eines Wohnsitzes die, daß das Gericht des domicile élu dieselbe Zuständigkeit erwirbt, wie das des domicile réel.

Dürfen wir aber die Wahl eines Wohnsitzes wirklich als Prorogation auffassen? — Die französische Doktrin thut es[4]), insofern gewiß mit Recht, als die Wahl wohl meistens in der Absicht erfolgt, neben dem Gerichtsstand des domicile réel einen weitern zu schaffen, wohl nie blos in der Absicht, einen Erfüllungsort für den Kon-

---

1) Anderer Ansicht Wach, Handbuch I. S. 503, der sie nicht gelten läßt, weil die Bestimmung des Gerichtes ermangle. 2) Über dasselbe Boitard leçons de proc. civ. t. I. p. 150; Berriat-Saint-Prix, cours de proc. civ. p. 232—235; — Schlink, Kommentar über die franz. Civilprozeßordn. I. S. 392 ff.; — Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des französ. Civilrechts I. (1874), § 146. 3) Boitard I. p. 429; über die Ausnahme hinsichtlich der Friedensrichter s. oben S. 14. 4) So nennt sie Zachariä a. a. O. S. 354 eine prorogatio jurisdictionis und Boitard erblickt darin ein „renoncer au bénéfice de la compétence habituelle". —

Digitized by Google

trakt zu verabreden[1]). Die Handlungen vielmehr, zu deren Vornahme ein bestimmter Ort gewählt wird, sind vorzugsweise gerichtliche: „l'exécution des contracts, la notification des actes judiciaires, et le jugement“ [2]). — Andererseits ist freilich hervorzuheben, daß die Wirkung der Zuständigkeit doch eintreten kann, ohne einen gerade auf diese Wirkung gerichteten Willen; und insofern steht die französisch-rechtliche Wahl eines Wohnsitzes allerdings dem forum contractus [3]) begrifflich näher als dem forum prorogatum. Gerichtsstandsvereinbarung ist sie nur als election d'un domicile en matière de procedure, d. h. wenn die Parteien die Wahl mit Rücksicht auf die prozeßrechtliche Wirkung vornehmen. — Da die Gerichtsstandswirkung eintritt, ob nun blos ein Erfüllungsort oder auch das forum gewählt werden sollte, so ist in dieser Beziehung das französisch-rechtliche Institut, nicht die Bestimmung des C.P.O. § 38 das Umfassendere [4]).

c) Es wurde in der Definition auch hervorgehoben, daß der Wille gerichtet sein müsse auf Zuständigkeit. Das heißt nicht gerade auf Zuständigkeit selbst, auf den abstrakten Begriff, sondern nur auf dessen praktische Folge und wesentliche Wirkung [5]). Darauf ist nun aber der Wille der Parteien gerichtet, wenn sie wollen, daß gerade das betreffende Gericht als Prozeßgericht fungiere und sich deshalb der Beklagte unter dem Accept des Klägers seines Ablehnungsrechtes, oder der Kläger unter dem Accept des Beklagten seines Wahlrechtes begibt.

In beiden Fällen wird demnach ein giltiger Prorogationsvertrag vorliegen, weil der Wille der Parteien, wenn auch nicht auf Zuständigkeit selbst, so doch auf deren wichtigste Konsequenz, Befassung des Gerichtes mit der Sache gerichtet ist; dies dürfte nicht zu bezweifeln sein, wenn man überdies bedenkt, daß der Pro-

---

1) Darum auch Reatz S. 224: „Der code de procedure civile kennt zwar nicht den Namen, wohl aber der Sache nach den Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung“. Cf. Birkmeyer, d. Verhältnis S. 28 N. 71.

2) Berriat-Saint-Prix p. 233. 3) Zu diesem rechnet es Perrot, Verfassung, Zuständigkeit und Verfahren der Ger. in den preuß. Rheinprovinzen I. S. 277 III. — Dagegen Zachariä a. a. O. N. 1 zu § 146, S. 352. 4) Durch E.G. zur C.P.O. § 15 Nr. 5 , sind die Vorschriften des französischen und badischen Rechts über den erwählten Wohnsitz aufrecht erhalten, soweit es sich um Zustellungen handelt“. 5) Zutreffend Weismann, Hauptinterv. und Streitgenossensch. S. 133, N. 1.

Digitized by Google

rogationsvertrag des geltenden Rechtes an keinerlei Form gebunden ist[1]).

Hervorzuheben ist auch, daß die Zuständigkeitsvereinbarnng und damit die Gerichtsstandswirkung noch nicht vorliegt, wo eine Verpflichtung zum Abschluß eines solchen Vertrages begründetist. Eine solche Verbindlichkeit kann wiederum durch Gesetz oder Vertrag entstehen. Aber das pactum de contrahendo ist auch hier noch nicht der Vertrag. Gesetzlich besteht zum Beispiel eine solche Verbindlichkeit nach den Gesetzgebungen mehrerer deutschen Staaten für ausländische oder einem andern Bundesstaat angehörende Versicherungs- oder sonstige Gesellschaften, wenn die inländischen Gesetze von diesen Anstalten fordern, in allen diesbezüglichen Rechtsstreitigkeiten mit den inländischen Kontrahenten vor den Gerichten des betreffenden Staates Recht zu nehmen. In diesem Fall ist für die betreffenden juristischen Personen zunächst nur die Verpflichtung zur Prorogation entstanden; der Prorogationsvertrag selbst findet nur mit den einzelnen Kontrahenten statt, sei es durch spezielle Verabredung oder, wie das meistens der Fall sein wird, durch Annahme des Statutes von Seiten des Einzelnen[2]). —

Es ist endlich das Verhältnis zu erörtern zwischen der civilrechtlichen und prozeßrechtlichen Seite des Prorogationsvertrages. Im gemeinen Recht entsprang, wie wir gesehen, aus dem Prorogationsvertrag zunächst nur die civilrechtliche Wirkung der Verpflichtung zu entsprechendem prozessualen Verhalten. Im neuern Recht, insbesondere nach der Reichscivilprozeßordnung, entsteht aus der Vereinbarung unmittelbar Zuständigkeit des prorogierten Gerichtes. Indem aber das, was die Parteien mittels dieses Vertrages bezwecken, nämlich ausschließliche oder konkurrierende Zuständigkeit eines Gerichtes, sofort prozessualisch wirksam wird, kann von einer weitern Verpflichtung aus dem Prorogationsvertrag als solchem keine Rede sein.

Der Charakter einer civilrechtlichen Verbindlichkeit ist im modernen Prorogationsvertrag, — wie schon angedeutet wurde — verschwunden. Aber der Reichsgesetzgeber durfte sich nicht damit begnügen, die prozeßrechtliche Seite des Vertrages zu regeln, er mußte,

---

1) Über die Frage auch Wach, Handb. I. S. 504. 2) Cf. Staudinger „über den Gerichtsstand der Versicherungsgesellschaften" in der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht IV. S. 82 ff.; Renaud, Lehrbuch S. 96.

Digitized by Google

weil sonst hinsichtlich mehrerer Punkte landesrechtliche Normen, d. h. Normen des betreffenden Civilrechts maßgebend geblieben wären, auch in dieser Beziehung eingreifen. Dies that er aber in folgenden Sätzen.

1) Zur Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit eines Gerichtes genügt der formlose Vertrag[1]). Dieser ist der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Wille beider Parteien, gleichinhaltlich hinsichtlich derjenigen Punkte, die oben als wesentlich hervorgehoben wurden.

2) Die Vereinbarung ist nur dann unwirksam, wenn sich die Parteidisposition nicht innerhalb der vorzugsweise in § 40 gezogenen Schranken hält, oder es an einem begrifflichen Moment der Vereinbarung fehlt; es gibt demnach nur Nichtigkeitsgründe, keine Anfechtungsgründe in Ansehung eines Prorogationsvertrages[2]).

3) Durch die Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache wird der Nachweis, es liege kein pactum de prorogando vor, ausgeschlossen[3]), ob nur prinzipiell oder absolut, kann hier noch nicht erörtert werden; denn das Verhältnis der §§ 39 und 247, Abs. 1 und 3 ist kontrovers.

Das Rechtsgeschäft der Prorogation ist ein zweiseitiges; es vollzieht sich nicht etwa in dem einseitigen Verzicht des Beklagten, darauf, nur vor dem zuständigen Gericht belangt zu werden, oder in dem des Klägers, vor den übrigen zuständigen Gerichten zu klagen. Allein in seinem ersten Teil kann sich allerdings ein Prorogationsvertrag in einer solchen Disposition des einen oder andern Kontrahenten vollziehen. Eine giltige Vereinbarung liegt gewiß auch dann vor, wenn z. B. der Beklagte seine Übereinkunft mit der künftigen

---

1) Übereinstimmend insbesondere Westerburg in den Beitr. 21, S. 591; Seuffert, Komm. zu § 38; Dernburg, preuß. Privatrecht I. S. 323. — Dagegen scheint Petersen mehr zu fordern, wenn er (Ztschr. III. S. 248) lehrt: „Es ist in jedem Fall zu prüfen, ob ein nach § 40 und nach den maßgebenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts giltiger Vertrag vorliegt." — Allein Formvorschriften des Landesrechts können damit doch nicht gemeint sein nach seinen Worten im Kommentar I. S. 65 Bem. 2. — Unrichtig meines Erachtens Struckmann-Koch, zu § 38, S. 35, und insbes. Wilmowski-Levy, Komm. zu § 38, Bem. 2, 1. Aufl. S. 62. 2) Anderer Meinung offenbar Just, Arch. 68, S. 279: „Ist der Prorogationsvertrag nach civilrechtlichen Grundsätzen nur anfechtbar" u. s. w. 3) Mit Recht bezeichnet dies Birkmeyer, das Verh. S. 42, Ziff. 3 als einen teilweisen Eingriff in die civilrechtlichen Konsequenzen der Norm des § 38.

Digitized by Google

Wahl eines bestimmten Gerichtes von Seite des Klägers im Voraus erklärt und der Kläger späterhin von der noch nicht zurückgezogenen Offerte Gebrauch macht. Annehmen, daß in einer derartigen, vorerst allerdings einseitigen Disposition noch nicht eine genügende Prorogationserklärung des einen Kontrahenten liege, die mit dem hinzutretenden Accept zum Kompetenzgrund wird, hieße verlangen, daß die Erklärung des einen Kontrahenten von der des andern überhaupt durch keinen Zeitraum getrennt sein dürfe. Das kann nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen sein und würde auch in den wenigsten Fällen zutreffen, da einerseits immer von einer Partei eine Anregung ausgehen wird, andrerseits die in derselben liegende Offerte keineswegs immer sofort wird erwidert werden. Von welcher Seite aber die Anregung zu einer Zuständigkeitsvereinbarung ausging, ist für deren Zustandekommen gleichgiltig.

§ 2. Form des Vertrages.

Das ältere römische Recht in dieser Beziehung wurde schon erörtert. Die Stipulationen, unter denen der Unterwerfungsvertrag wohl meistens abgeschlossen wurde, erscheinen freilich nicht so fast als Form, denn als civilrechtliches Bekräftigungsmittel der Beredung, sich vor einem bis dahin unzuständigen Gericht einzulassen; und andrerseits ist die thatsächliche Unterwerfung vor Gericht die Form, in der erst die prozessuale Begründung des gewillkürten Gerichtsstandes sich vollzieht.

Die beiden Konstitutionen von Justinian handeln von außergerichtlichen, schriftlich abgeschlossenen Prorogationsverträgen; die Beredung der renunciatio fori erscheint als Teil, als Klausel eines überhaupt schriftlich abgefaßten Vertrages. — Dürfen wir daraus die Folgerung ziehen, daß Justinian das Erfordernis der Schriftlichkeit als Formerfordernis eines giltigen Prorogationsvertrages aufgestellt hat?

Auch jene Ansicht, welche die Frage bejaht, hat viele Vertreter gefunden. Schon in der Glosse stare zu l. 18 D. 2, 1 wird versucht, durch Aufstellung dieses Requisites den Widerspruch zwischen der letztgenannten Digestenstelle und den beiden kaiserlichen Verordnungen zu lösen. In neuerer Zeit haben diese Ansicht verteidigt Bach[1]), Glück[2]), Brackenhöft[3]), letzterer wegen der durch die Scrip-

1) Opuscula p. 419. 2) Komm. III. S. 176. 3) Erörterungen S. 266 N. 6.

Digitized by Google

tur entstehenden Liquidität. Demnach würde diese Beredung nur dann rechtswirksam sein, wenn sie durch die schriftliche Form dem Richter nachgewiesen werden kann.— Allein damit werden meines Erachtens zwei ganz verschiedene Fragen vermengt: die hier zu erörternde, ob der Prorogationsvertrag sich nur in schriftlicher Form vollziehen kann" und die: „auf welche Weise der Beweis des Kompetenzgrundes der Vereinbarung erbracht wird". — Die letztere hängt mit der allgemeineren Frage zusammen: wie hat der Richter überhaupt seine Kompetenz zu prüfen? und über diese will uns die Kodexstelle überhaupt keinen Aufschluß geben, weil sie nur besagt, daß der Richter eine vorausgegangene Vereinbarung wie einen Kompetenzgrund zu behandeln hat.

Die uns hier beschäftigende Frage bleibt dagegen die: haben wir das Erfordernis der Schriftlichkeit nach Absicht des Gesetzgebers für ein wesentliches zu erachten, weil in den beiden Stellen von einem schriftlichen Vertrag die Rede ist? Und diese Frage werden wir verneinen müssen, obgleich für das Erfordernis der Schriftlichkeit, wie Reatz[1]) bemerkt, die Analogie des Kompromißvertrages spricht, der zu seiner Giltigkeit der schriftlichen Abfassung nach l. 4 C. 2, 56 (Justinianus 529) bedarf. Denn Justinian begründet seine Entscheidung[2]) so nachdrücktich mit dem allgemeinen Rechtssatz: **pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda**, daß wir wohl aus dieser Rechtsregel die Entscheidung zu treffen haben, wenn etwas in der Gesetzesstelle fraglich bleibt. Die Ausdrucksweise Justinians ist als weitschweifig und breit bekannt; so hob er hier beidemale ein Moment hervor, das ihm wohl unwesentlich schien, da der Grundsatz, den er so deutlich in den Vordergrund stellt, ebensowohl für die mündliche wie für die schriftliche Verabredung Geltung hat. Demnach glaube ich wohl annehmen zu dürfen, daß er den formlosen Vertrag als solchen in seiner Giltigkeit sanktionirt, nicht daß die Aufstellung des Formerfordernisses der Schriftlichkeit in seiner Absicht lag[3]).

Auf demselben Standpunkt stehen denn auch die neuern Gesetzgebungen. Indem diese Prozeßordnungen, so die hannoversche[4]), badische[5]), oldenburgische[6]), württembergische[7]) und bayerische[8]) sich

1) S. 128. 2) In der l. 29 C. de p. (2, 3). 3) So auch Reatz in § 15 seiner Abhandlung, insbes. S. 140; neuerdings freilich auch Planck für die Wirksamkeit nur eines schriftlichen Verzichtes, Lehrbuch I. S. 80 N. 6.

4) § 19. 5) Art. 31 = § 48. 6) Art. 26 § 1, Abs. 1. 7) Art. 24, Abs. 2; Art. 59, Abs. 1. 8) Art. 38 Abs. 1.

Digitized by Google

neben der ausdrücklichen auch die stillschweigende, durch konkludente Handlungen kundgegebene Vereinbarung genügen lassen, zeigen sie damit an, daß auch die ausdrückliche Vereinbarung an keinerlei Form gebunden sei.

Die Wahl eines domicile kann zwar im Übrigen formlos, aber immer nur ausdrücklich und in einer Rechtsurkunde vorgenommen werden; doch muß diese nicht die Rechtsurkunde sein, hinsichtlich deren die élection d'un domicile stattfindet [1]).

Eine besondere Form der Prorogation kennt für den Parteiprozeß vor dem Friedensrichter der code de procédure civile, art. 7, — Erscheinen die beiden Parteien ohne vorausgegangene Ladung vor dem gesetzlich inkompetenten, aber prorogierbaren Friedensrichter mit der Absicht, durch ihn ihren Rechtsstreit entscheiden zu lassen, so müssen sie die Erklärung hierüber in einem besonderen Protokoll beurkunden, womöglich durch ihre Unterschrift; außerdem wird die Erklärung ohne Unterschrift protokolliert. Diese Prorogationserklärungen sind überdies nach dem Dekret vom 16. Februar 1811 § 11 mit den Urteilen zu verbinden. — Die Parteien können hiemit auch einen Verzicht auf das Rechtsmittel der Appellation verbinden [2]).

Teilweise ist diese Bestimmung nachgeahmt im Art. 39 Abs. 2 der bayerischen Prozeßordnung [3]), indem hier zur Prorogation eines Einzelnrichters (Landrichter) erfordert wird, daß die Parteien ihre Prorogationserklärung ausdrücklich zu Protokoll abgeben. Aber dieser Erklärung mußte nach bayerischem Recht eine Belehrung der Parteien durch den Richter hinsichtlich seiner Unzuständigkeit vorausgehen [4]). Die Protokollierung der Erklärung vollzieht sich in den durch Artt. 166, 167 vorgeschriebenen Formen; über die Prorogationserklärung war ein eigenes Protokoll aufzunehmen, da ein

---

1) Zu vergleichen Zachariä, Handb. des französ. Civilrechts I. S. 353 und zum Folgenden Boitard, leçons de proc. civile II. p. 90; Berriat-Saint-Prix an verschiedenen Stellen, insbes. p. 417; Schlink, Komm. über die franz. Civilprozeßordn. I. S. 182. 2) Auf drei Dinge können hier die Parteien verzichten: auf die Ladung, auf die Geltendmachung der Unzuständigkeit, auf die Appellation. 3) Cf. Wernz, Komm. I. S. 76: „Die Bestimmung ist dem Art. 7 Code de proc. entnommen, hatte jedoch dort einen andern Sinn". 4) Über eine derartige Rechtsbelehrung de lege ferenda die Motive bei Hahn, Materialien II. 1, S. 161/2; übrigens ist auf diese Bestimmung noch in anderem Zusammenhang zurückzukommen.

Digitized by Google

Sitzungsprotokoll nicht geführt wurde. Dagegen war nicht, wie nach französischem Recht, die Verbindung dieser Erklärung mit dem Urteil vorgeschrieben[1]), eine Ausfertigung wurde vielmehr nur bei Ergreifung von Rechtsmitteln, nicht auch zum Vollzug des Urteils notwendig. — Auch mußte die Protokollierung nach dem Wortlaut des Art. 39 Abs. 2 sich nur auf die Erklärung der Parteien, nicht auf die gesetzlich vorgeschriebene richterliche Belehrung beziehen[2]).

Ähnliche Bestimmungen finden wir noch anderwärts: so erfordert auch die braunschweigische Prozeßordnung vom 19. März 1850 in § 150 eine ähnliche Erklärung der Prorogationsabsicht; erscheinen die Parteien vor dem hinsichtlich der Höhe des Streitobjektes unzuständigen Amts- oder Stadtgericht, an Tagen, welche für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein für allemal festgesetzt sind, so ist eine ausdrückliche Unterwerfung vor der Verhandlung der Sache zu Protolol zu nehmen. — Ebenso verlangt zur Giltigkeit der Prorogation eine ausdrückliche Erklärung des animus prorogandi die württembergische Prozeßordnung, Art. 23, jedoch nur für den Fall, daß es sich um die Prorogation eines sachlich unzuständigen Gemeinderates handelt[3]).

Was endlich das geltende Recht anlangt, so wurde schon oben[4]) hervorgehoben, daß hier der Prorogationsvertrag an keinerlei Form gebunden ist: die Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend, namentlich auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Und keine Handlung trägt den Charakter der Konkludenz für den Prorogationswillen mehr, als die Streiteinlassung. Allein sie kann gleichwohl erfolgen ohne diesen Willen, und an diesen unbestreitbaren Satz wird die spätere Erörterung über § 39 anzuknüpfen haben.

Ausnahmsweise verlangt C.P.O. § 871 einen schriftlichen Prorogationsvertrag in Bezug auf bestimmte, im schiedsrichterlichen Verfahren vorkommende, Rechtsstreitigkeiten, die dort bezeichnet sind; für diese kann nämlich ein beliebiges Amtsgericht oder Landgericht in einem schriftlichen Schiedsvertrag als zu-

---

1) Wernz, Kommentar I. S. 77; Schmitt, bayer. Civilprozeß I. S. 315. „Im Urteil ist bei der Sachverhaltsdarstellung dieses Protokoll kurz zu erwähnen". 2) Barth, Kommentar I. S. 259; Schmitt I. S. 314.

3) Zu vergl. Fecht, Gerichtsgesetze III. 1. Bd. S. 86. 4) S. 256 und N. 1; dazu noch Planck, Lehrbuch I. S. 80: „Gleichgiltig ist die Form der Willenserklärung".

Digitized by Google

ständiges Gericht vereinbart werden, und nur subsidiär greift hier die Zuständigkeit der für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruches als fora legalia erscheinenden Gerichte ein. Zu bemerken ist, daß auch dem im schriftlichen Vertrag bezeichneten Gerichtsstand der Charakter der Ausschließlichkeit nicht zukommt[1]).

§ 3. Personen und Gegenstand des Vertrages.

Als die Personen des Vertrags werden im älteren, noch ausdrücklicher im neueren und im Reichsrecht die künftigen Prozeßparteien genannt. Vorausgesetzt wird zum giltigen Abschluß die Handlungs- und Dispositionsfreiheit; fähig sind „omnes qui paciscendi facultatem ac legitimam in judicio standi personam habent“[2]), also unfähig: Unmündige, Minderjährige, unter einer cura stehende prodigi. Daß der Vormund für den Mündel einen Prorogationsvertrag rechtswirksam abschließen könne, war im gemeinen Recht allseitig anerkannt[3]). — Dagegen waren die Meinungen darüber verschieden, ob für einen sonstigen Vertreter, also auch für einen Anwalt ein mandatum speciale notwendig sei. Von der Mehrzahl der Schriftsteller wurde die Frage bejaht, so von Stockmann[4]), Glück[5]), Osterloh[6]) und Wetzell[7]), während sich Reatz[8]) für die Verneinung derselben entscheidet, weil die freiwillige Unterwerfung nur eine prozessuale Handlung sei. Allein letztere Auffassung entspricht wohl nicht ganz dem gemeinen Recht, welches den Prorogationsvertrag als einen Verpflichtungsgrund, als einen Verzicht aufzufassen durch die maßgebenden Gesetzesstellen immerhin berechtigt war; darum war dieser Ansicht die erstgenannte entschieden vorzuziehen. — Aber die letztere entspricht durchaus dem neuern Recht: hier[9]), insbesondere

1) Struckmann-Koch, Bem. 1, S. 934. 2) Diethmersen, de pror. jur. th. 29; — Struvius, de pror. jurisd. c. III. th. 4; Stockmann, de juris. pror. § 4: quinam prorogare possint; Kemmerich § 13. 3) Stockmann l. c.; — doch bei Trotsche, mecklenburg. Civilprozeß I. S. 296 N. 12 wird ein schwerinisches Reskript angeführt, welches den obervormundschaftlichen Konsens verlangt. 4) „Procuratoribus ea potestas concedenda non est, nisi speciali mandato instructis“. 5) Komm. III. S. 181. 6) Ordentl. bürgerl. Prozeß I. S. 185 N. 3: „Der Anwalt kann ohne besondern Auftrag nicht prorogieren“. 7) System S. 480 N. 29.

8) S. 175/6. 9) Zu vergl. Barth, Kommentar zur neuen bayerischen Civilprozeßordnung I. S. 259: „Die Vereinbarung ist kein Vergleich; sie kann daher auch von einem Prozeßbevollmächtigten auf Grund seiner Prozeßvollmacht geschehen, sie erfordert nicht den Nachweis einer speziellen Ermächtigung“.

Digitized by Google

auch in der Reichscivilprozeßordnung erscheint die Gerichtsstandsvereinbarung als gewöhnliche Prozeßhandlung und darum muß die Prozeßvollmacht des § 77, welche „zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen ermächtigt", auch zum giltigen Abschluß eines Prorogationsvertrages befähigen. Die Parteien selbst sind dazu, wie ehedem, im Stande, wenn sie sich im Besitz der prozessualen Handlungsfähigkeit befinden [1]).

Zu erörtern ist auch, auf welche Personen die Prorogation sich beziehen und erstrecken kann. — Civilrechtlich an dem betreffenden Rechtsverhältnis Beteiligte werden durch die Prorogation nicht gebunden, wie Voët [2]) mit Recht hervorhebt gegenüber einer irrigen Praxis in Holland, welche die Prorogation des Hauptschuldners auf die Bürgen ausdehnte, — es müßte denn sein, daß sie sich im Hauptvertrag der Prorogationserklärung des Schuldners angeschlossen (si nullam ipse fiddejussioni prorogationem addiderit). — Dagegen werden die im Prozeß selbst als Nebenpersonen erscheinenden Rechtssubjekte, die Nebenintervenienten und Litisdenunzianten, von der Wirkung der Prorogation ergriffen, d. h. sie müssen die Schaffung des Gerichtsstandes, wie die durch die Hauptparteien geschaffene Prozeßlage überhaupt anerkennen. Dies sprechen denn auch die Motive unserer Prozeßordnung [3]) aus und begründen es damit, „daß diese Personen Nebenpersonen im Prozeß seien und ein Recht auf Verhandlung vor einem bestimmten Gericht ihnen nicht zustehe". Ebenso müssen Hauptintervenienten das forum prorogatum anerkennen, da sie ja selbständig Klage erheben könnten und in diesen anhängigen Prozeß freiwillig eintreten; für die Hauptintervenientien wird also das Gericht des Erstprozesses ausschließlich zuständig; nicht dagegen bindet eine Gerichtsstandsvereinbarung die Streitgenossen [4]). Die Frage endlich, ob die Universalsuccessoren der Kontrahenten von der Wirkung der Prorogation ergriffen werden, wird füglicher an einer anderen Stelle behandelt.

Wichtiger als die Betrachtung der an dem Prorogationsvertrag beteiligten, von seiner prozessualen Wirkung berührten Rechtssubjekte

1) Petersen, Komm. 1, 65/6, Nr. 3. 2) Comment. ad Pann. l. II. tit. I § 30: „fidejussionis enim in se spectatae non haec vis atque efficacia est, quod fidejussor ad debitoris principalis forum solutionis impetrandae causa trahi possit". 3) Bei Hahn, die ges. Materialien II. 1, S. 162. 4) Zu vergl. Seuffert, Komm. S. 45, Bem. 5 zu § 38; Petersen, Kommentar I. S. 66, Nr. 3; Weißmann, Hauptintervention S. 115.

Digitized by Google

erscheint die Frage nach dem Objekt des Vertrages. Wenn man vorerst, — was in dieser Darstellung bereits geschehen — die Rechtsstreitigkeiten abzieht, in denen eine Gerichtsstandsvereinbarung unzulässig ist, so bleibt noch bezüglich der übrigen die Frage zu beantworten: für welchen Umfang von Prozessen kann durch einen einzelnen Prorogationsvertrag ein Gerichtsstand begründet werden? Kann etwa durch Vereinbarung, wie durch das Wohnen an einem bestimmten Ort, ein allgemeiner Gerichtsstand begründet werden? Indessen wird letztere Frage so ziemlich in allen Rechtssystemen, die unsern Gerichtsstand kennen, verneint; der Gerichtsstand der Vereinbarung ist überall ein spezieller, kann nirgends durch Parteiendisposition zur Bedeutung einer generellen erhoben werden. — In diesem Sinne beantworten die hier zu erörternde Frage schon die römischen Rechtsquellen, zwar nicht ausdrücklich, aber deutlich genug durch die dort erwähnten Beispiele einer Gerichtsstandsvereinbarung. — Im gemeinen Recht ward diese Ansicht überdies durch das Argument gestützt, es würde eine derartige Prorogation „die Ordnung der Gerichte und die ganze Gerichtsverfassung im Lande aufheben und zur Verachtung des Landesherren in der Person des von ihm bestellten Richters und zugleich zum Nachteil des Richters selbst gereichen“ [1]). So lehrte man allgemein: „Prorogatio voluntaria fieri nequit universaliter sive generaliter“. In der That hat in der gemeinrechtlichen Doktrin, soviel ich sehe, nur Reatz[2]) die Ansicht aufgestellt, es könne der Unterwerfungsvertrag ebensowohl ein genereller, als ein spezieller sein, d. h. es stehe den Parteien frei, für alle zwischen ihnen bestehenden Rechtsstreitigkeiten im Voraus sich rechtswirksam einem bestimmten Richter zu unterwerfen. Die Partikulargesetzgebungen haben aber das gemeine Recht rezipiert: als ein forum speciale behandeln unsern Gerichtsstand

1) Schnaubert, Beyträge I'. S. 156/7.— 2) S. 171/2. — Dagegen erfordert „einen bestimmten bürgerlichen Rechtsstreit“ Linde im Lehrbuch § 101 S. 150; ebenso Martin „ein bestimmtes Rechtsverhältnis“, Vorlesungen I. S. 300... „bald für einen einzelnen Rechtsstreit, bald für eine gewisse Gattung von Rechtsstreitigkeiten zwischen denselben Parteien, zum Beispiel für alle Prozesse aus einem Pachtvertrag“. — Die Gepflogenheit, in Pachtverträge Prorogationserklärungen einzufügen s. bei Koch, der preußische Civilprozeß I. S. 170 N. 3. Trotsche, der mecklenburgische Civilprozeß I. S. 294. Hiedurch unterwarfen sich die eximierten Pächter durchgängig unter die Amtsjurisdiction. Übrigens galt auch hierin der Grundsatz, daß eine allgemeine Unterwerfung unter ein subjektiv inkompetentes Gericht unwirksam sei.

Digitized by Google

nicht nur diejenigen Prozeßordnungen, welche — wie die bayerische von 1753 c. 1 § 17[1]), oder die allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten[2]), — überhaupt nur eine vor Gericht sich vollziehende, also nach der Natur der Sache nur auf einen konkreten Rechtsstreit bezügliche Prorogation kennen, sondern auch diejenigen, welche den außergerichtlichen Prorogationsvertrag als unmittelbar wirksam anerkennen; freilich sprechen sie dies meist nur indirekt aus: die beiden badischen Prozeßordnungen[3]) sprechen von dem „einzelnen Rechtsstreit", hinsichtlich dessen den Parteien dieses Recht zustehen soll, ähnlich die bayerische[4]) von 1869 von einer „Streitsache". —

Auch die französischrechtliche Wahl eines Wohnsitzes bezieht sich nach dem Wortlaut der betreffenden Bestimmungen (code civil art. 111 „zur Vollziehung eben dieses Geschäftes"; code de proc. civile art. 59 § 9) immer nur auf einen einzelnen Akt und die daraus entspringenden Rechtsstreitigkeiten[5]). — Und die Vertragsbestimmungen hierüber sind strikte zu interpretieren; denn l'élection de domicile est une dérogotion au droit commun et l'on en doit conclure qu'il faut restreindre les effet's de cette élection aux objects que les parties ont eu en vue ou pour lesquels la loi l'a exigée"[6]).

Auf den Standpunkt des Reichsrechtes steht vor allem die württembergische Prozeßordnung vom 3. April 1868. Sie verlangt nicht, wie die bayerische und badische Prozeßordnuug als Gegenstand der Prorogation einen bestimmten Rechtsstreit, wohl aber ein bestimmtes Rechtsverhältnis; es besagt nämlich Art. 60: Prorogation ist unzulässig 1) wenn sie sich nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten bezieht. Diese Beschränkung findet jedoch keine Anwendung auf ausländische Rentenbanken und Versicherungsgesellschaften wegen der

---

1) Seuffert, Komm, über die Gerichtsordnung I. S. 264: „Die Prorogation macht den gewillkürten Richter für diese einzelne Sache zum wirklich zuständigen". 2) Koch, der preuß. Civilprozeß S. 170. 3) Art. 29 = § 46. 4) Art. 38; zu vergl. Schmitt, der bayerische Civilprozeß I. S. 314.

5) Zachariä, Handbuch I. S. 352 ff. 6) So Berriat-Saint-Prix tome I. p. 234; zu vergleichen Pérrot, Verfassung, Zuständigkeit und Verfahren I. S. 277: „Bei Abschluß eines jeden Vertrages für alle auf den Vertrag bezüglichen Klagen".

Digitized by Google

aus ihrem inländischen Geschäftsbetrieb entstehenden Rechtsstreitigkeiten". —

Die allgemeine Regel: „generelle Prorogationsverträge sind unzulässig", wird also hier durchbrochen zu Gunsten der von mehreren deutschen Staaten gegenüber auswärtigen Anstalten beobachteten Praxis, von diesen Unterwerfung unter die inländischen Gerichte zu verlangen. Sie wird aber durchbrochen nicht für die gesammten Rechtsstreitigkeiten, sondern nur für die mit mit dem inländischen Geschäftsbetrieb zusammenhängenden [1]).

Die Bestimmung des geltenden Rechts ist in C.P.O. § 40, Abs. 1 enthalten: „Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht." — Legislativer Zweck und Bestimmung ist, wie aus dem bisher Erörterten erhellt und auch in den Motiven [2]) ausgesprochen ist: einer vertragsmäßigen Aufhebung der durch die gesetzlichen Kompetenzgründe gegebenen Zuständigkeitsordnung und der damit zusammenhängenden Geschäftsverteilung, insbesondere der Aufhebung des allgemeinen Gerichtsstandes des C.P.O. § 13 (forum domicilii) vorzubeugen. Es ist also die Rechtordnung an der Aufrechterhaltung jener engern, durch die „gesetzlichen" Kompetenzgründe dargestellten Zuständigkeitsordnung jedenfalls im Allgemeinen beteiligt [3]), d. h. das Gesetz will nicht die Parteien verhindern, für jeden einzelnen Fall zu prorogieren, wohl aber eine Vereinbarung für alle Fälle im Voraus ausschließen, und dies ist dadurch erreicht, daß „jeder objektiv völlig unbestimmte, abstrakte oder ganze Komplexe von rechtlichen Verhältnissen umfassende Kompetenzvertrag" [4]) für ungiltig erklärt wird.

Der Prorogationsvertrag des geltenden Rechtes bezieht sich demnach 1) auf einen einzelnen Rechtsstreit; es kann wohl gleichzeitig ein Vertrag hinsichtlich mehrerer Rechtsstreitigkeiten geschlossen werden, aber jede einzelne muß bestimmt sein, „es ist eine Spezialität der Vereinbarung verlangt" [5]). Oder er muß sich 2) auf ein be-

1) Cf. Fecht, Die Gerichtsgesetze des Königreichs Württemberg III., 1. Bd S. 139. 2) Hahn II. 1, S. 161 „um einer willkürlichen Aufhebung des allgemeinen Gerichtsstandes vorzubeugen". 3) Zu vergleichen über diese Bestimmungen vor allem die Ausführungen von Birkmeyer Ztschr. VII. S. 480 ff., wo insbesondere auch die Stellen aus den Motiven ausgehoben sind. 4) Wach, Handbuch I. S, 502: „Es gibt nur einen sachlich konkreten, gewillkürten Gerichtsstand". Zu vergl. Westerburg in den Beiträgen 21, S. 590. 5) So mit Recht Struckmann-Koch S. 36, Bem. 1 zu § 40.

Digitized by Google

stimmtes Rechtsverhältnis beziehen; d. h. er kann sich wiederum gleichzeitig auf mehrere Rechtsverhältnisse beziehen, von denen aber jedes ein „bestimmtes Rechtsverhältnis" sein muß.

Allein wann ist ein Rechtsverhältnis ein „bestimmtes"? Zunächst möchte man annehmen, es müsse zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits entstanden sein, Allein in dem Sinn eines bereits gegenwärtigen Rechtsverhältnisses ist der Ausdruck gewiß kein technischer, es kann also damit nicht ein Stadium bezeichnet sein wollen, in welches das Rechtsverhältnis bereits eingetreten ist[1]). Das Erfordernis der „Bestimmtheit" liegt also nicht in dem Moment, daß das Rechtsverhältnis bereits entstanden sein muß, vielmehr in dem subjektiven, daß es den Kontrahenten, wenn auch als künftiges, vielleicht noch entferntes, doch als einzelnes, von allen andern, zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnissen verschiedenes vorschwebt, und in dieser Individualität im Vertrag gewollt und erkennbar ist[2]). Sollten zum Beispiel die Kontrahenten des Prorogationsvertrages die Absicht haben, erst nach Ablauf von zehn Jahren eine societas einzugehen, so können sie doch gewiß schon jetzt für die aus der societas entspringenden Rechtsstreitigkeiten ein Gericht als zuständiges vereinbaren, und dasselbe erhält dann Kompetenz für die Gesammtheit der daraus möglicher Weise entspringenden Klagen und Ansprüche. Denn das Rechtsverhältnis ist bereits ein bestimmtes, das heißt, bestimmt in der Vorstellung der Vertragsteile, wenn auch noch nicht objektiv zu Tage getreten. Der häufigste Anwendungsfall der Prorogation für ein ganzes Rechtsverhältnis wird übrigens der sein, daß die Gerichtsstandsvereinbarung zugleich mit der Begründung des betreffenden Rechtsverhältnisses erfolgt; so insbesondere bei Versicherungsverträgen.

---

1) Man vergleiche die ganz ähnlich lautende Bestimmung hinsichtlich des Schiedsvertrages in C.P.O. § 852, wo eine Vereinbarung hinsichtlich künftiger Rechtsstreitigkeiten für wirksam erklärt wird, wenn nur das Rechtsverhältnis ein bestimmtes ist. Auch hier ist nicht gesagt, daß das Rechtsverhältnis ein gegenwärtiges sein müsse; also ist wohl dem Gesetzgeber ein bebestimmtes Rechtsverhältnis nicht ein präsentes, schon entstandenes.

2) Übereinstimmend Struckmann-Koch S. 920 zu § 852: „Bestimmt ist das Rechtsverhältnis, wenn es zur Zeit des Abschlusses des Vertrags bereits besteht und selbst ohne dieses Erfordernis, wenn es nur in seiner Individualität aus dem Vertrag genügend erkennbar ist".

Digitized by Google

V. Capitel.

Aufhebung des forum prorogatum.

Gewisse Aufhebungsgründe, die uns in der ältern gemeinrechtlichen Doktrin genannt werden [1]), waren überhaupt nur wegen des schon öfters hervorgehobenen Charakters der Jurisdiktion nach damaliger Gerichtsverfassung möglich: so die avocatio causae, si jurisdictio in ordinarii praejudicium sit prorogata und die revocatio jurisdictionis delegatae per delegantem, welche letztere die Jurisdiktion und damit die Zuständigkeit des delegierten Richters auch in der ihm durch Prorogation übertragenen Sache beendigte. Natürlich sind diese Aufhebungsgründe nicht mehr praktisch, so wenig als etwa die im gemeinen Recht erörterte Frage in Betracht kommen kann, ob durch den Tod des prorogierten Richters das forum prorogatum aufgehoben werde. Sie erledigt sich einfach durch die Erwägung, daß die Prorogation nur auf ein Gericht stattfindet, und daß, wenn die Vereinbarung wirklich mit Rücksicht auf die Person des Richters vorgenommen würde, diese Rücksicht nur ein, namentlich auch in Bezug auf den Irrtum irrelevantes Motiv bilden würde. „Partes in judicem non tamquam privatum, sed in eius jurisdictionem consenserunt“ [2]). —

Auch die sorgfältige und ausführliche Abhandlung von Reatz nennt nur drei Aufhebungsgründe [3]), die litiscontestatio, die freiwillige Unterwerfung unter ein anderes Gericht, die Aufhebung des Gerichtes. Aber der erste dieser Erlöschungsgründe ist nur in der irrigen Annahme aufgeführt, es gebe gemeinrechtlich einen Gerichtsstand der litiscontestatio, eine insbesondere von Reatz [4]) vertretene Theorie, die noch später in dieser Abhandlung erwähnt werden muß; der an zweiter Stelle erwähnte Vorgang ist nicht immer Erlöschungsgrund, sondern entscheidet eigentlich nur bezüglich der zuständigen Gerichte die dem Kläger zustehende Wahl eines bestimmten [5]); nur der letztgenannte Vorgang ist zutreffend als Aufhebungsgrund erwähnt.

---

1) So bei Struvius c. 8 th. 7. — Stockmann de jurisd. pror. § 8: „quomodo impediatur et finiatur prorogatio“. — 2) So mit Recht Struvius c. 8 th. 6. 3) In § 30 seiner Abhandlung S. 214, dazu freilich auch S. 172 f. 4) S. 41 ff. 5) Auch gemeinrechtlich entscheidet Klageerhebung bei einem der mehreren zuständigen Gerichte nur das klägerische Wahl-

Digitized by Google

Wir können den Satz an die Spitze stellen: ist die Parteivereinbarung als Zuständigkeitsgrund anerkannt, so muß die Kompetenz aufhören, sobald der Thatbestand der Vereinbaruug hinwegfällt. Aber dieser Satz gilt nur unter einer wichtigen Beschränkung in Bezug auf seine Anwendungsdauer, hervorgehend aus der Vorschrift der C.P.O. § 235, Abs 2, Z. 2. Durch die Erhebung der Klage wird nämlich die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet; als Wirkung derselben erscheint auch die, daß die Zuständigkeit des Gerichtes durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt wird [1]).

Daraus folgt, wie für jeden, so auch für den hier behandelten Kompetenzgrund: fällt nach dem Eintritt der Litispendenz ein Moment des Thatbestandes der Vereinbarung hinweg. so bleibt doch die einmal begründete Zuständigkeit bestehen; also auch dann, wenn die Parteien während des Prozesses vor dem gewillkürten Gericht die Vereinbarung wieder aufheben [2]).

Das Letztere ist Rechtsänderung zum Beispiel gegenüber dem badischen Prozeßrecht. Nach § 50 der Prozeßordnung von 1864 (= Art. 34 der Prozeßordnung von 1851) können nämlich die Parteien durch Vereinbarung dem Gericht die Zuständigkeit jederzeit wieder entziehen. Selbstverständlich ist dann auch der Prozeß vor diesem Gericht beendigt.

Formell vermögen das nach geltendem Recht die Parteien nicht, weil eben die vereinbarte Aufhebung des Prorogationsvertrages die einmal bestehende Zuständigkeit nicht mehr dem Gerichte entzieht; aber materiell dasselbe können sie auf anderm Weg erreichen: indem sie dem Gericht durch die je nach der Prozeßlage einseitige oder vereinbarte [3]) Zurücknahme der Klage zunächst die Befassung mit der Sache entziehen und dann den frühern Prorogationsvertrag aufheben [4]). Und diesen Weg mußten die Parteien auch nach der würt-

---

recht, macht nicht die übrigen unzuständig. Renaud, Lehrbuch S. 99; — für das Reichsrecht Wach, Handbuch I. S. 512: „Die Wahl wirkt Prävention, nicht Unzuständigkeit der konkurrirenden Gerichte, und diese Wirkung dauert solange die Rechtshängigkeit dauert".

1) Zu vergl. die verschiedenen Kommentare zu § 235; Wach, Handbuch I. S. 513; Planck, Lehrbuch I. S. 94. 2) Wach, Handbuch I. S. 510. 3) Ob das Eine oder Andere, darüber entscheidet C.P.O. § 243; zu vergl. Birkmeyer, das gegenseitige Verhältnis S. 41, N. 107. 4) Nach der angeführten Bestimmung der bad. Prozeßordnung war jener formelle Weg nicht weiter erforderlich; es genügt mutuus dissensus in Rücksicht auf die frühere

Digitized by Google

tembergischen Prozeßordnung einschlagen. Denn dieselbe enthält zwar in Art. 63 bezüglich der Aufhebung des forum prorogatum eine der badischen Vorschrift gleichlautende Bestimmung, verweist aber zugleich auf Art. 304 (Abstand von dem Rechtsstreit).

Indem bisher behauptet wurde, daß die Aufhebung des Vertrages durch contrarius consensus nach eingetretener Rechtshängigkeit wegen der sogenannten perpetuatio jurisdictionis für sich allein nicht mehr Unzuständigkeit bewirken könne, wurde stillschweigend von der Annahme ausgegangen, es könne jedenfalls vor Eröffnung des Prozesses durch einen neuen,, die frühere Vereinbarung aufhebenden Vertrag die Zuständigkeit des prorogierten Gerichtes beseitigt werden. Kann aber wirklich der vereinbarte Gerichtsstand wie begründet, so durch Parteienkonsens wieder-aufgehoben werden? — Ein allgemeiner Satz des römischen Rechtes lautet freilich „nihil tam naturale est quam eo genere quidquam dissolvere, quo colligatum est“ [1]; — es fragt sich: kann er nicht auch hier angewendet werden?

Im gemeinen Recht wurde dies insbesondere von Kemmerich [2]) mit dem Argument bestritten, es liege in dem Verlassen des einmal gewählten Richters eine Verletzung seines Ansehens. Allein auch nach gemeinem Recht hatte der Richter durch die Prorogation kein jus quaesitum den Prozeß zu entscheiden, erworben. Voët [3]) steht ganz auf dem richtigen Standpunkt, wenn er behauptet, daß es sich hier nur um Rechte der Parteien untereinander, nicht um Rechte des Richters handle: „Judicio quidem inter litigantes coepto quasi contrahitur inter eontendentes, sed et a contractu resilire posse consensu mutuo docent principia.“ — Glück [4]), die Zulässigkeit einer vereinbarten Aufhebung bejahend, unterscheidet zwei Fälle: es wollen die Parteien den Prozeß bei einem andern Gericht neu beginnen, mit Entsagung des bereits begonnenen, oder: sie wollen mit Abforderung der Akten denselben Prozeß bei einem andern Gericht fortsetzen. Im letztern Fall hält er den Konsens des Richters

---

Vereinbarung, um die Zuständigkeit und zugleich den Prozeß aufhören zu machen. Dies übersieht Reatz S. 228, wenn er die Vorschrift des Art. 34 für überflüssig hält.

1) l. 35 D. de reg. jnr.; ähnlich die l. 100 D. c. 2) de prorog. jurisd. § 14 inf. 3) Comm. ad Pand. l. 2 t. 1 § 26; — ebenso Stockmann, de jurisd. prorog. § 8, wo auch das Argument angeführt ist: possunt transigendo liti omnimodo renuntiare, quod prohibere non potest judex prorogatus ita enim periculum non est, ait Ulpianus, ut pactio privatorum possui praetoris anteposita videatur. 4) Komm. III. S. 183/4.

Digitized by Google

für erforderlich, was aber nicht auf die Fortsetzung des Prozesses vor einem andern Richter, sondern auf die Benützung der Akten zu beziehen ist. Diese Entscheidung gründet sich übrigens auf Mevius, decision. tom. I. p. III. nrl 149. — Für die Möglichkeit einer Aufhebung sowohl der Vereinbarung als des vereinbarten Gerichtsstandes erklärt sich mit Recht auch Reatz [1]), — wie hinsichtlich des ältern bayerischen Prozeßrechtes Seuffert.

Die Zulässigkeit einer Aufhebung des Kompetenzvertrages und damit auch des forum prorogatum kann auch im geltenden Recht nicht ernstlich bezweifelt werden. Ausdrücklich wird dieselbe anerkannt von Birkmeyer [2]), Endemann [3]), Renaud [4]) und Wach [5]). Auch ließe sich durchaus kein Argument gegen die prozessuale Wirkung dieser vom Gesetz allerdings nicht ausdrücklich anerkannten Aufhebung des gewillkürten Gerichtsstandes anführen. Der Richter hat durch die Prorogation keinerlei Recht auf die Erledigung des Prozesses gewonnen, er kann die Aufhebung des Gerichtsstandes ebensowenig hindern wie dessen Entstehung; und wenn die civilrechtliche Vereinbarung als solche hinwegfällt, so kann sie auch nicht mehr als Grund der Zuständigkeit in Betracht kommen. Wollte man dagegen einwenden, daß die Parteien nicht über die öffentlich-rechtliche Qualität eines Gerichtes disponieren, nicht die einmal begründete Zuständigkeit beseitigen können, so kann dieses Argument doch nicht hinsichtlich eines Gerichtes zutreffen, welches nur dem übereinstimmenden Willen der Parteien seine Zuständigkeit verdankt.

Im Grunde bezeichnen sie eben doch nur ein ihnen genehmes Gericht und diesem verleiht dann das Gesetz Zuständigkeit. Aber die Kompetenz muß als die von Rechtswegen eintretende Folge gewisser Thatbestände auch aufgehoben werden durch den Hinwegfall dieser thatsächlichen Voraussetzungen. An der Anwendbarkeit dieses allgemeinen Satzes auf das forum prorogatum ändert der Umstand nichts, daß hiebei die Parteien durch ihren übereinstimmenden Willen den direktesten Einfluß auf die Entstehung wie Hinwegräumung jenes Thatbestandes haben.

Ist diese Entscheidung die richtige, so darf aber auch ihre Tragweite nicht verkannt werden. Der Satz, daß die von den Parteien

---

1) S. 172, S. 214, N. 2. 2) Das Verhältnis S. 40 dazu N. 105. 3) Der deutsche Civilprozeß I. S. 296. 4) Ztschr. V. S. 54. 5) Handbuch I. S. 510. Jeder Prorogationsvertrag wird, wie geschlossen, so aufgehoben durch Willensübereinkunft der Kontrahenten.

Digitized by Google

begründete Zuständigkeit von diesen gemeinsam aufgehoben werden kann, bietet einen Fall, in dem die Parteien auch über die Beendigung, nicht nur Entstehung der Kompetenz entscheiden. Dieses Resultat macht uns — worauf schon oben[1]) hingewiesen wurde — von vornherein die Annahme wahrscheinlich, daß dasselbe gelte hinsichtlich der gesetzlichen Zuständigkeit. Denn dieselbe ist doch von keiner andern rechtlichen Natur als die vertragsmäßige, und wenn der Gesetzgeber — was gerade aus der Zulassung der prorogatio fori mit Sicherheit hervorgeht, — kein höheres Interesse an der Befassung eines forum legale als an der Entscheidung durch ein forum pacticium hat, so ist es nur konsequent, daß er auch die gleiche Macht gegenüber beiden einer abändernden Vereinbarung einräumt.

Weitere Aufhebungsgründe finde folgende:

1) Der Gerichtsstand wird aufgehoben, wenn die Parteivereinbarung als gegenstandslos hinwegfällt. Als Gegenstände des Kompetenzvertrages erscheinen aber, wenn auch in verschiedener Beziehung, ein bestimmtes Gericht einerseits, eine bestimmte Rechtsstreitigkeit oder ein bestimmtes Rechtsverhältnis andrerseits. Demnach liegt dieser Aufhebungsgrund vor, wenn das in der Vereinbarung bezeichnete Gericht aufgehoben wird, wenn der Rechtsstreit, oder das Rechtsverhältnis, auf welches sie sich bezieht, beseitigt wird. Gründe für derartiges Hinwegfallen des letztren Gegenstandes unseres Vertrags bietet das betreffende Civilrecht, ersterer Fall ergibt sich nach geltendem Recht durch einen Akt der staatlichen Justizverwaltung. Was aber diesen Erlöschungsgrund, die Aufhebung des Gerichtes anlangt, so hat Reatz[2]) behauptet, es folge in diesem Fall das Gericht, welches an die Stelle des aufgehobenen gesetzt wird, als successor in universum jus auch in der Zuständigkeit für die durch Prorogation der Kompetenz des frühern Gerichtes erworbenen Sachen. — Würden umgekehrt die Bezirke des prorogierten Gerichtes in mehrere Gerichtssprengel geteilt, so würde unter diesen Gerichten zum Beispiel das Gericht A die fragliche Rechtssache dann erben, wenn die Parteien den Prorogationsvertrag mit Rücksicht auf den Wohnort des einen Kontrahenten geschlossen und dieser Wohnort gerade im Bezirk des neuen Gerichtes A liege. Wo es an einem derartigen Entscheidungsprinzip fehle, seien alle Gerichte an Stelle des frühern getreten „die Gerichte werden solidarisch berechtigt und verpflichtet." Erst durch Prävention oder ein anderes Mittel, etwa das Loos, er-

1) S. 66. 2) S. 214 ff.

Digitized by Google

gebe sich ein bestimmtes Gericht; aber nie dürfe eine administrative Entscheidung hierüber Platz greifen. — Die Konstruktion ist sinnvoll, aber verfehlt; erbrechtliche Grundsätze, civilrechtliche überhaupt sind hier, wo es sich um öffentliche-rechtliche Funktionen handelt, unanwendbar [1]). Dem prorogierten Gericht folgt jedenfalls als solchem keines nach, wenn es aufgehoben wird. War es bereits mit der Sache befaßt, so wird man für die Erledigung der schwebenden Prozesse in der betreffenden Organisationsverordnung ohnehin Fürsorge treffen; geschieht dies nicht, so hört der Prozeß unbeendigt auf und in diesem Fall, wie auch dann, wenn das aufgehobene Gericht überhaupt noch nicht angegangen war, sind die Parteien ihrer Vereinbarung ledig; also wandert die Sache an die gesetzlichen Gerichtsstände zurück.

2) Wird die Zuständigkeit aufgehoben durch den Tod eines der beiden Kontrahenten vor der Klagerhebung? Oder geht die Vereinbarung und der vereinbarte Gerichtsstand auf die Erben über?

Die Beantwortung der Frage ist nicht so leicht. Einen Erlöschungsgrund bildet sicherlich die Singularsukzession, d. h. der Fall, daß nur in dasjenige Rechtsverhältnis, oder nur in diejenige streitige Forderung, hinsichtlich deren ein Prorogationsvertrag abgeschlossen wurde, ein anderes Rechtssubjekt eintritt. Das Gericht ist ja durch die Vereinbarung nicht für diesen Rechtsstreit als solchen zuständig geworden, sondern für diesen Rechtsstreit, *wenn er zwischen den beiden Kontrahenten des Prorogationsvertrages entstehen soll.* — Und in der Zession der Hauptforderung liegt, wie *Reatz* [2]) mit Recht bemerkt, nicht auch Übertragung der Verbindlichkeit, die aus einem dieselbe betreffenden Prorogationsvertrag erwachsen ist. — Wohl aber übernimmt der Universalsukzessor alle civilrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers, die nicht höchstpersönlicher Natur sind; und da im gemeinen Recht der Prorogationsvertrag zunächst eine civilrechtliche Verbindlichkeit zu einem prozessualen Handeln erzeugte, welch' letzteres mit dem Willensakt zusammen den Kompetenzgrund bildete, — so argumentierte man mit Recht: weil die civilrechtliche Verbindlichkeit übergeht, geht mittelbar auch der Gerichtsstand der Vereinbarung über, — „ut

1) *Reatz* spricht von den „Lebzeiten des untergegangenen Gerichtes" S. 216. 2) S. 171: Die Forderung aus dem Unterwerfungsvertrag kann zugleich mit der Hauptforderung zediert werden; in der Zession dieser liegt aber nicht stillschweigend eine Zession jener."

Digitized by Google

prorogatio prorogantem tenet, ita et heredes ejus vi prorogationis obstringi.“ Diese Worte finden sich bei Voët[1]), dieses Argument auch bei Stockmann[2]) und Reatz[3]), von denen der letztere zutreffend nur „die aus dem Unterwerfungsvertrag entstehende Verbindlichkeit“ berührt, wo er vom Übergang der Prorogation auf die Erben handelt. — Indessen ist bemerkenswert, daß eine Praxis, von der Voët berichtet[4]), die aus dem Prorogationsvertrag entstehende Gerichtsstandspflicht als „jus quoddam personale“ auffaßte, und ebendeßhalb den Übergang auf die Erben verneinte; wie auch für das der Prorogation verwandte Rechtsinstitut des domicile élu Schlink[5]) annimmt „es sei nicht dinglicher, sondern persönlicher Natur und nur an die Person des Kontrahenten geknüpft.“ Allein beides mit Unrecht. Die Verbindlichkeit aus dem Prorogationsvertrag muß als eine civilrechtliche auf den Universalsukzessor übergehen, und noch weniger zweifelhaft erscheint die Sache hinsichtlich des domicile élu, welches ja zugleich die Beredung eines Erfüllungsortes enthält[6]). Andrerseits ist zu bemerken, daß sich die gemeinrechtliche Doktrin zum Beweis des gewiß richtigen Satzes auf eine Digestenstelle berief, welche, weil sich nur auf das forum contractus beziehend, für die These nicht beweiskräftig ist. Dies ist die l. 19 pr. D. de judic. (5, 1) „Heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit et conveniendus, si ibi inveniatur, nulloque suo privilegio excusatur.“ — Schon Glück[7]) vertritt die richtige Auffassung, daß diese Stelle nur vom forum contractus handle.

Geht aber nach geltendem Recht das forum prorogatum auf den Universalsukzessor des einzelnen Kontrahenten über? Für die Bejahung der Frage können wir uns jedenfalls nicht auf das Argu-

---

1) Comment. ad Pand. l. II. tit. 1. § 28. 2) De jurisd. prorog. § 4 in fine. 3) S. 173. 4) l. c. „. . . . Utrajecti morte prorogantis totam prorogationis vim velut jus quoddam personale extingui valuerit.“ 5) Komm. über die franz. Civilprozeßordnung I. S. 392. — Für das mecklenburgische Recht Trotsche, der mecklenb. Civilprozeß I. S. 295 „Der Vertrag äußert seine Wirkungen nicht über die kontrahierenden Teile hinaus.“ 6) Hiefür erklärt sich denn auch die französische Praxis. — Ebenso Zachariä, Handbuch I. S. 354. „Die aus diesem Vertrag unter den Parteien entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten gehen ebenso wie andere Vertragsrechte und Vertragsverbindlichkeiten auf die Erben und Rechtsnachfolger über.“ Dazu N. 7 daselbst. 7) Komm. VI. S. 250, 293. — Über die Stelle jetzt auch Planck. Lehrbuch I. S. 65 N. 2; S. 67 N. 4.

Digitized by Google

ment stützen, daß eine aus dem Prorogationsvertrag entstehende civilrechtliche Verbindlichkeit auf die Erben übergehe; dieses Argument wurde nämlich schon durch die obigen Erwägungen über die Natur des modernen Prorogationsvertrages ausgeschlossen. Für die Verneinung der Frage könnte andrerseits angeführt werden: daß der Gerichtsstand des Erblassers im Allgemeinen durchaus nicht zugleich der des Erben sei, und daß der des § 38 insbesondere der ratio legis entsprungen sei: dem Gericht Zuständigkeit zu verleihen, welches beiden Parteien des Rechtsstreites aus irgend einem Grund genehm ist; es folge aber aus der durch den Prorogationsvertrag dokumentierten Thatsache, daß das Gericht den beiden damligen Kontrahenten erwünscht war, keineswegs immer mit Sicherheit, daß es auch ihren Sukzessoren entspreche. — Demnach sei der Wille des Gesetzgebers wohl gegen den Übergang des forum prorogatum auf die Erben.

Allein gleichwohl muß angenommen werden, daß die Zuständigkeit des prorogierten Gerichtes die Kontrahenten des Kompetenzvertrages überdauert. Alle Zuständigkeit dauert fort, solange der sie begründende Thatbestand vorliegt. Der Thatbestand der Vereinbarung liegt vor bis zur Aufhebung durch beiderseitigen Konsens. Nun übernimmt aber der Sukzessor des einzelnen Kontrahenten auch prozeßrechtlich, als Nachfolger im Rechtsstreit, diesen in der gleichen Lage, wie sie sein Vorgänger geschaffen. An dessen prozeßrechtlich relevanten Handlungen und Unterlassungen ist er gebunden. Steht aber dieser Grundsatz außer allem Zweifel, so muß er ebensowohl Anwendung erleiden auf eine Gerichtsstandsvereinbarung, als etwa auf die versäumte Geltendmachung einer prozeßhindernden Einrede, wenn anders der Prorogationsvertrag, wie das Vorbringen einer Einrede, eine prozessuale Handlung ist. Diese Frage ist aber auch nach geltendem Recht entschieden zu bejahen [1]). Die Kontrahenten des Prorogationsvertrages erscheinen bei demselben und zwar auch dann, wenn ein Prozeß noch lange nicht in Sicht ist, doch schon als Parteien eines künftigen Rechtsstreites. Denn die Wirkung ihres Handelns ist eine derartige, welche überhaupt erst und nur dann in Betracht kommt, wenn ein Prozeß entsteht; für einen Prozeß setzen

1) Oben S. 72 u. Note 3 dazu; Wach, Handbuch I. S. 502 „Der Prorogationsvertrag, das prozessualische, weil auf spezifisch prozeßrechtliche Wirkung gerichtete . . . Rechtsgeschäft . . . .“ „Das Rechtsgeschäft ist prozessualer Vertrag.“ — Vor allem Planck „Die Civilprozeßordnung faßt eine derartige Vereinbarung als prozessuale Handlung auf“, Lehrbuch I. S. 80.

Digitized by Google

sie eine Rechtswirkung. — Daß diese Auffassung die maßgebende Auffassung des Gesetzes ist, zeigt deutlich der in § 38 für die Subjekte des Prorogationsvertrages gebrauchte Ausdruck „Parteien". Die Prorogation nehmen also nur Parteien vor; was aber Parteien thun, begründet eine auch auf den Nachfolger übergehende Prozeßlage, sollte auch der Prozeß selbst noch nicht begonnen sein.

3) Die Gerichtsstandsvereinbarung kann ferner, wie jedes Rechtsgeschäft, so zu sagen in sich selbst den Keim der Auflösung tragen: sie kann mit einer Resolutiv- oder Suspensivbedingung oder mit einem Endtermin abgeschlossen sein. Dann ergibt nach allgemeinen Grundsätzen der Eintritt des in der Klausel bezeichneten Faktums oder Zeitpunktes ipso jure die Aufhebung der Zuständigkeit, wie des sie erzeugenden Vertrags [1]).

1) Reatz, S. 172.

Digitized by Google

II. Teil.

Die Präklusionsnorm und die prozessuale Prorogation*).

Einleitung.

Die Präklusionsvorschrift für die Unzuständigkeitseinrede darzustellen, läge nicht im Bereich der Lehre vom „vereinbarten Gerichtsstand", wenn sich nicht im Zusammenhang mit dieser Vorschrift eine Kompetenznorm entwickelt hätte, welche nicht nur mit der Zuständigkeitsvereinbarung gleiches Anwendungsgebiet hat, sondern auch von jeher selbst unter dem Gesichtspunkt einer prorogatio fori betrachtet wurde. Diesen geschichtlichen Entwicklungsgang zu schildern, daran die Auslegung des § 39 zu knüpfen, bezwecken die folgenden Ausführungen.

Dabei handelt es sich also um zweierlei: um die Darstellung der Präklusionsnorm, wie sie sich in den verschiedenen, in dieser Abhandlung berücksichtigten Rechtssystemen mit nur geringen Abweichungen vorfindet, und um die Frage, ob ihr überall eine Kompetenznorm entspricht.

Der Nachweis, daß und wie sich jene Entwicklung vollzogen, ob und inwieweit sich namentlich unsere Prozeßordnung derselben angeschlossen hat, ob sie in der That außer der Präklusionsnorm für die Unzuständigkeitseinrede eine mit derselben zusammenhängende Kompetenznorm enthält, ist nunmehr in der historischen, beziehungsweise dogmatischen Darstellung zu liefern. Allein es dürfte nicht unangemessen sein, vorher nach einem Grund für die rechtshistorische

*) Bemerkung: Diese Bezeichnung gebraucht für die Norm und den Vorgang des § 39 L. Seuffert in seinem Kommentar zur Civilprozeßordnung. Dieselbe halte ich, in § 39 eine wirkliche Kompetenznorm erblickend, für angemessen und glaube jedem Mißverständnis vorzubeugen durch die weitere Bezeichnung „Konsensprorogation" für den Vorgang des § 38.

Digitized by Google

Erscheinung zu suchen, daß sich aus der Präklusionsnorm, die doch auch für die übrigen Prozeßeinreden gilt, gerade eine Kompetenznorm entwickelt hat. Der innere Grund ist der, daß der moderne Gesetzgeber seiner Zuständigkeitsordnung überhaupt nicht jene hohe Bedeutung beimißt, wie das ältere Recht: er wollte dem Mangel der Zuständigkeit da, wo dieselbe eine dispositiv-normierte Prozeßvoraussetzung ist, prinziell keine Bedeutung für das Rechtsmittelverfahren beilegen. Dies ist der eigentliche Rechtsinhalt des § 39 und aller ähnlichen Bestimmungen vorausgehender Gesetzgebungen. Aber warum findet sich diese Norm gerade unter den Bestimmungen über den vereinbarten Gerichtsstand?

Damit gelangen wir auf folgenden äußern Hergang der angedeuteten Rechtsentwicklung. — Insoweit die Zuständigkeit durch Prorogation begründet werden kann, ist die Unzuständigkeitseinrede nach allen Rechtssystemen während des Prozesses verlierbar. Ist sie durch Versäumung verwirkt, so ist das aus der Unzuständigkeit hervorgehende Ablehnungsrecht ausgeschlossen. Römischrechtlicher Standpunkt war es, in dieser Präklusion der Unzuständigkeitseinrede bloß eine Präklusion für diese Instanz zu sehen. Aber über denselben ist zunächst die Rechtswissenschaft hinausgegangen, wenn sie die Präklusion aus einem Verzicht erklärte. Irriger Weise; aber dieser Gedanke, im Nichtgebrauch der Einrede, in der vorbehaltlosen Einlassung einen Verzicht zu vermuten, diese Vermutung zur Fiktion zu erheben, lag hier bedeutend näher als bei irgend einer andern prozeßhindernden Einrede. Denn der Verzicht auf die Unzuständigkeitseinrede ist ein Prorogationsvertrag; dieser Verzicht entzieht also dem Beklagten nicht nur das in dem Mangel liegende Ablehnungsrecht, er stellt vielmehr die Prozeßvoraussetzung her. Demnach war mit dieser Erklärung aus einem jedesmal vorliegenden Verzicht mehr erreicht als die Erklärung der Präklusion; es war der Präklusionsvorgang als kompetenzbegründend erklärt.

Mit dieser irrigen Auffassung der Doktrin hängt die neuere Gesetzgebung in ihrem Sprachgebrauch zusammen. Weil für sie die verschiebbare Kompetenzordnung nicht mehr die Bedeutung hat, daß deren Verletzung die Anfechtung des Verfahrens rechtfertigen würde, ist für sie die Präklusion zugleich Heilung des Mangels. Wenn aber der Gesetzgeber diesen Gedanken in einer Kompetenznorm ausdrücken wollte, so lag es angesichts jener in der gemeinrechtlichen Doktrin weitverbreiteten Ansicht nahe, diese Norm in die Fiktion einer Vereinbarung zu kleiden. Für diese Form sprach auch der

Digitized by Google

Umstand, daß jener „prozessualen Prorogation" das gleiche Anwendungsgebiet wie der Konsensprorogation eingeräumt ist, endlich die Erwägung, daß der Gesetzgeber, wenn einen kompetenzbegründenden Thatbestand fingierend, füglich denjenigen wählte, der, selbst ein durchaus innerlicher, aus dem Vorgang des litiscontestatio am sichersten zu vermuten ist. — So ist § 39 entstanden — sein Rechtsinhalt durch die verminderte Bedeutung der Zuständigkeitsordnung, seine Form durch die in der damaligen Rechtswissenschaft verbreitete Auffassung. — Nunmehr sind die einzelnen Etappen dieses Entwicklungsganges aufzuzeigen.

§ 1. Römisches Recht.

Der Rechtssatz, daß der Mangel der Kompetenz nach Beginn der meritorischen Verhandlung nicht mehr geltend gemacht werden darf, stammt aus dem römischen Prozeßrecht. Hier wurde er vor allem deshalb aufgestellt, weil zunächst im Legisaktionen- und Formularprozeß der Zuständigkeitspunkt seine prozessuale Behandlung nicht in einer in die formula einzurückenden exceptio oder praescriptio finden konnte, sondern eine vom magistratus in jure zu untersuchende Frage bildete. Ihre Entscheidung auf das Verfahren in judicio zu verschieben, hätte nach dem zutreffenden Ausdruck von Bülow [1]) zu einer sinnlosen Rollenvertauschung zwischen magistratus und Geschwornen geführt. Bekanntlich ist es das durch Bülow's Abhandlung über die Prozeßeinreden gewonnene [2]) Resultat: „es gibt im römischen Formularprozeß keine in judicio zu untersuchende Prozeßexzeption." — Dieser Satz, namentlich bezüglich der Unzuständigkeitseinrede ist jetzt über allen Zweifel erhaben [3]), weil Bülow auch den Grund dafür, daß nur in jure eine Erörterung der Kompetenz Platz greifen konnte, völlig klargelegt hat: die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede erscheint im römischen Recht, d. h. im Legisaktionen- und im Formularprozeß als eine mit den Grundzügen des Verfahrens, mit der Teilung des Richteramtes zusammenhängende, so zu sagen technische Notwendigkeit, so daß sie weder als strafähnliche Versäumnisfolge, noch auch aus den doch so nahe liegenden Zweckmäßigkeitsgründen erklärt zu werden brauchte.

1) Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, S. 111. 2) Anerkannt insb. von Planck, krit. Vjschr. XI. S. 161—190, insb. S. 169. 3) Jetzt überall unter Berufung auf Bülow angeführt; cf. Keller-Wach, röm. Civilprozeß (5. Aufl.) S. 241, N. 588; Wetzell, System S. 13 N. 92 ff., S. 942.

Digitized by Google

Diese Erkenntnis, daß die Kompetenzprüfung nur in jure stattfand, hängt vor allem zusammen mit der richtigen Auslegung der l. 30 D. de jud. (5, 1) (Marcellus, l. 1. Digestorum): Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet [1]). — Lange Zeit hat man diese Stelle fälschlich dahin gedeutet, die Kompetenz des Gerichtes bestimme sich für jeden Prozeß nach dem Moment der Streiteinlassung oder, wie Reatz [2]) „die litiscontestatio heile den Mangel der Inkompetenz" — vorläufig zu schweigen von jener Theorie, die in dieser Stelle, wie in ähnlichen, die Quasikontraktsnatur der litiscontestatio, namentlich in Bezug auf den Gerichtsstand ausgesprochen sah. In Wahrheit besagt die Stelle nur: daß mit dem Moment des judicium acceptum die Kompetenzfrage völlig erledigt sein müsse, von dem bestellten judex nicht mehr geprüft werden dürfe, vielmehr der instruierte Prozeß seinen Fortgang nehme.

Bereits oben [3]) wurde gezeigt, daß das römische Prorogationsrecht auf dem reinen Konsensprinzip beruhte, daß die römischen Juristen in der sedes materiae die Konsequenzen dieses Prinzipes klar aussprechen. Schon dadurch waren sie veranlaßt, die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede von der Prorogation scharf zu trennen, nie die Wirkungen derselben zu vermengen. Nunmehr sehen wir, daß ihnen ein solcher Irrtum auch deßhalb ferne lag, weil die Präklusion ohnehin aus einer innern, durch das römische Gerichtsverfahren selbst erzeugten Notwendigkeit hervorging. Diese innere, nicht noch gesetzlicher Sanktion [4]) bedürftige Notwendigkeit der Präklusion macht uns auch die Erscheinung erst recht begreiflich, daß in den Quellen nirgends eine in integrum restitutio zugelassen ist gegen den Verlust der Unzuständigkeitseinrede im Vorverfahren. War einmal der judex mit der Sache befaßt, so konnte er, wenn ihm auch die Versäumung des Einwandes klar als verzeihlich, als entschuldbar dargethan worden wäre, doch nicht mehr die Kompetenz des magistratus, der ihn bestellt, und somit seine eigene Berechtigung zur Sachentscheidung verneinen; der Rechtsstreit mußte vor ihm seinen Lauf nehmen, die Sentenz konnte freilich hinterher wegen Nichtigkeit angefochten werden [5]). Und zwar

---

1) Über diese Stelle Bülow a. a. O. S. 93 ff. 2) S. 41 ff.

3) S. 73. 4) Die allerdings auch hinzutrat, wie uns l. 13 C. de exc. (8, 36) bezeugt, wohl aber erst, als der innere Grund hinweggefallen war. 5) arg. C. 7, 48 si a non competenti judice judicatum esse dicatur: insb.

Digitized by Google

lag diese Nichtigkeit auch dann vor, wenn Prorogation rechtlich zulässig gewesen, es aber an dem nötigen Konsens fehlte: die römisch-rechtliche Präklusionsvorschrift heilte also weder den Mangel, noch schuf sie einen Gerichtsstand der litis-contestatio, wie vorzugsweise Reatz unter Bezugnahme auf die oben erörterte l. 30 D. 5, 1 lehrt. — Mit aller wünschenswerten Bestimmtheit sprechen l. 15 D. de jurisd. (2, 1) und l. 2 pr. D. de jud. (5, 1) die Ungiltigkeit der Sentenz aus, welche auf eine nur thatsächliche, nicht aus Konsens hervorgehende Unterwerfung des Beklagten erfolgt ist. Freilich mußte der Beklagte, wenn er nach gesprochener Sentenz die „Hinwegräumung jenes Scheines eines Urteils", wie sie Bethmann-Hollweg nennt [1]), bezweckte, im gerichtlichen Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde den eigenen Irrtum über die Inkompetenz des Richters nachweisen. Nichtigkeit des Urteils wegen Inkompetenz des Gerichtes war also einer der Fälle: „quando provocare non est necesse" [2]).

Präklusionsmoment ist die in der ältern Zeit als feierlicher Akt erscheinende, im Formularprozeß allmählich dieses Charakters entkleidete, — immer aber den Schluß des Vorverfahrens bildende litis-contestatio. Sie ist aber Präklusionsmoment für die Kompetenzprüfung hauptsächlich deshalb, weil mit ihr in der Regel die Befassung mit der Sache von dem magistratus auf den judex (arbiter, recuperatores) überging. Damit soll nicht gesagt sein, daß das spätere Recht das gleiche Prozeßstadium — die Streiteinlassung, Kriegsbefestigung — etwa willkürlich als Präklusionspunkt wählte, es werden vielmehr praktische Vorteile immer dazu führen, mit dem Beginn der meritorischen Verhandlung die Erörterung aller Prozeßformalien prinzipiell auszuschließen, und so einer Verzögerung des materiellen Rechtes vorzubeugen [3]). Allein im römischen Recht trat

die l. 4 C. h. t. Grat. Val. et Theod. a. 379: et in privatorum causis hujusmodi forma servetur, ne quemquam litigatorum sententia non a suo judice dicta constringat. — Dazu Bethmann-Hollweg II. S. 120; Text zu N. 17; S. 722 N. 11 und 12; Brackenhöft, Erörterungen S. 267 N. 9: „es kann also, wenn die Eingehung des Streitverhältnisses in dieser irrigen Annahme geschehen, die Nichtigkeit des Verfahrens nicht abgewendet werden". — Wetzell, System (3. Aufl.) S. 478 N. 18, S. 480 N. 30 und unter Bezugnahme darauf S. 807 N. 106; vor allem aber Bülow a. a. O. S. 90 N. 21. Auch Reatz gibt zu, daß diese Meinung „von Seiten älterer und neuerer Juristen ziemlich allgemein" vorgetragen wurde, S. 40, 41.

1) Röm. Civilprozeß II. S. 721. 2) Zu vergl. Bayer, Vorträge S. 1082. 3) Birkmeyer, das gegens. Verh. S. 44/5 sagt: „In der That

Digitized by Google

eben zu diesem Zweckmäßigkeitsgrund jener zwingende Grund hinzu, der im ganzen Bau des Verfahrens lag. War aber diese Präklusion jedenfalls in dem von der Trennung des Verfahrens in jure und in judicio beherrschten ältern Prozeß eine innere Notwendigkeit, so fiel es auch keinem römischen Juristen ein, dieselbe etwa als Folge eines Verzichtes aufzufassen, obwohl sie doch zeitlich im engsten Zusammenhang mit einem Prozeßakt eintrat, dessen Quasikontraktsnatur [1]) im römischen Recht nicht bestritten werden kann, mit Rücksicht auf die berühmten Worte Ulpian's in der l. 3 § 11 D. de peculio (15, 1) „sicut stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi". — Aber die auf dieses „judicio contrahitur" gebaute Theorie einer in der litiscontestatio liegenden Vereinbarung über die Zuständigkeit erscheint, wie wir sehen werden, erst viel später. Wo die römischen Juristen auf eine Vereinbarung dieses Inhalts schließen, wie namentlich Modestinus in der l. 33 D. de jud. (5, 1)[2]), wollen sie bloße Willensauslegung geben, keine zwingende Vermutung aufstellen. Kurz, es standen, wie Birkmeyer bemerkt, Präklusion und Vereinbarung selbständig nebeneinander.

Fiel auch durch die l. 2 C. de ped. jud. 3, 3; (Diocletianus a. 294) das Institut der Civilgeschworenen und damit die Scheidung des Verfahrens in jure und in judicio hinweg [3]), so blieb doch die litiscontestatio wahrscheinlich ebensowohl wegen der Tradition

---

sind die Gedanken, welche dieser Bestimmung zu Grunde liegen, zu sehr in der Natur der Sache und im Zweck des Prozesses begründet, als daß sie nicht in allen Rechten zu dem nämlichen Resultate führen sollten".

1) Natürlich liegt in ihr kein wirklicher Kontrakt. — Bethmann-Hollweg II. S. 487; vor allem Windscheid, Pand. 124 Nr. 1. — Eine reichhaltige Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten darüber bei Keller-Wach, Civilprozeß S. 297 Nr. 723. — Unter Bezugnahme auf die Gerichtsstandslehre Birkmeyer, d. Verh. S. 55: „Wir wissen, daß die Römer daraus überhaupt keine Konsequenzen gezogen haben, ganz sicher aber die nicht, daß durch die litiscont. und den in ihr liegenden Kontrakt der an sich unzuzuständige Richter zuständig werde". 2) „Non videtur in judicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem judicem desiderat actionis". Der Jurist vermutet allerdings in dem desiderare edi sibi actionem deshalb noch keinen Vereinbarungswillen, weil „inter litem contestatam et editam actionem permultum interest" (l. u. C. 3, 9; cf. Beth.-Hollw. II. S. 215), allein auch bei ersterer wird keine zwingende Vermutung aufgestellt. 3) Darüber Bethmann-Hollweg III. S. 116, 252. —

Digitized by Google

wie aus Zweckmäßigkeit, als Präklusionsmoment bestehen; nur daß sie im Cognitionenprozeß nicht mehr in bestimmten Formeln erfolgte, sondern formlos in dem ersten Vortrag beider Parteien, in der „narratio proposita“ und in der „contradictio objecta“ vor sich ging[1]). — Daß die Vorschrift rechtzeitigen Vorbringens der Unzuständigkeitseinrede nicht weniger streng aufrecht erhalten blieb, zeigt die vielgenannte l. 13 C. de except. 8, 36 (Honorius et Arcadius a. 415) „praescriptiones fori in principio litis a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas“. — Von einer durch Restitution ermöglichten spätern Geltendmachung der Einrede im Laufe derselben Instanz wird auch in dieser Periode nichts erwähnt, wohl aber kann die Unzuständigkeit des Gerichtes im Rechtsmittelverfahren als Anfechtungsgrund dienen, auch dann, wenn die Unzuständigkeit bloß auf einem Privileg des Beklagten beruhte, welches er durch praescriptio hätte geltend machen können. — Dies geht mit Sicherheit aus der l. 4 C. 3, 13, (Constantinus a. 331) hervor. Sie wurde wohl deshalb in die Kompilation Justinian's aufgenommen, um dem von ihm statuierten Rechtssatz: „Es sollte keine Appellation vor dem Endurteil stattfinden“, gerade in Bezug auf die Kompetenzfrage gegenüber den abweichenden Bestimmungen des codex Theodosianus ausdrücklich zu betonen. —

§ 2. Entwicklung der Lehre im kanonischen und gemeinen Recht.

Zunächst folgte eine rein dogmengeschichtliche Weiterentwicklung dieser Lehre auf das römische Recht. Es wurden nämlich die bisher entwickelten Sätze desselben nicht durch irgend ein neues Gesetz aufgehoben, sondern von der mittelalterlichen Doktrin unter einem veränderten, teilweise auch ganz irrigen Gesichtspunkt aufgefaßt, und erst viel später hat die Gesetzgebung, beeinflußt von der gemeinrechtlichen Doktrin, das römische Recht weitergebildet, umgestaltet. —

Die Entwicklung jener vom römischen Recht abweichenden Lehre liegt bereits im ordo judiciarius von Tancred abgeschlossen vor[2]); dieser stellt nämlich (p. IV. tit. 1 de sententiis et interlocutioni-

---

1) Über die Streiteinlassung des justinianeischen Prozesses vergl. jetzt vorzugsweise Birkmeyer, Arch. 66, S. 70. — Die Worte sind aus l. 14 § 1, C. 3, 1. 2) Zum Folgenden insbesondere Wach, Arch. 62 S. 377 ff.; in

Digitized by Google

bus § 3) die Ansicht auf, daß das vom unzuständigen Richter gefällte Urteil rechtskräftig sei, wenn vor demselben die litiscontestatio erfolgt und er nur über die streitige Sache Gerichtsbarkeit besitze. „Si judex habet jurisdictionem super re, de qua sententiam profert, licet ante litem contestatam potuisset per exceptionem ejus jurisdictio declinari, si tamen lite coram eo contestata sententiam tulerit, valida est; nisi ex aliis causis possit nulla probari, ut infra dicemus". —

Hierin liegt eine bedeutende Abweichung von der römisch-rechtlichen Lehre, wie sie oben dargestellt wurde: gab es dort gegenüber der vom unzuständigen Richter gefällten Sentenz auch dann ein Anfechtungsmittel, wenn der Richter durch Prorogation hätte zuständig werden können, so lehrt hier Tancred, die exceptio fori sei prozessualer Verteidigungsbehelf des Beklagten, der vor der litiscontestatio vorgebracht werden müsse, widrigenfalls nicht nur die Einrede präkludiert, sondern auch der Mangel der Zuständigkeit überhaupt nicht weiter in Betracht komme. Dabei macht es keinen Unterschied, ob Tancred den Präklusionsmoment zugleich für kompetenzbegründend hält oder nicht; das Entscheidende ist, daß er an der angeführten Stelle in der Präklusion der Einrede offenbar eine Heilung des fraglichen Prozeßmangels erblickt.

Anders noch die Glosse qui errant zu l. 15 D. de jurisd. (2,1)[1]). Sie steht auf dem römisch-rechtlichen Konsensprinzip, indem sie die spätere Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede bei faktischem, wie rechtlichem Irrtum gestattet. Ihr gilt jeder Umstand, der das Wissen der Partei ausschließt, als ein auch die Prorogation und Zuständigkeitsbegründung ausschließender Umstand. Aber diese Ansicht ist schon hier nicht unbestritten. In der Glosse detegit zu derselben Digestenstelle wird eine Meinung referiert, welche Guilielmus vertritt, Bartolus und Accursius bekämpft: man müsse unterscheiden zwischen faktischem und Rechtsirrtum, Irrtum des Klägers und des Beklagten; der Irrtum des Klägers schade nie, der des Beklagten könne, wenn faktischer Irrtum, immer, wenn rechtlicher, bis zur litiscontestatio geltend gemacht werden.

Über die Ansicht, daß nur faktischer Irrtum die Prorogation

---

wesentlichen Punkten richtig stellend Birkmeyer, d. Verhältnis S. 42 ff. — Wach, Handbuch I. S. 505, N. 39, N. 41 u. s. w. Planck, Lehrbuch I. S. 90. —

1) Über diese Reatz S. 72 ff.; Wach, Arch. 62. a. a. O.

Digitized by Google

verhindere, hinaus entfernte man sich noch' weiter vom römisch-rechtlichen Standpunkt, wenn man auch den thatsächlichen, aber verschuldeten Irrtum nicht berücksichtigte. Diese Meinung scheint in der Glosse consensisse zu l. 2 § 1 D. de jud. (5, 1) vertreten zu sein. Wenigstens geht dies mit großer Wahrscheinlichkeit aus der Vergleichung hervor, welche dort zwischen der litiscontestatio in Bezug auf den Gerichtsstandsvertrag und dem Beginn der Zahlung eines indebitum angestellt wird: denn ein indebitum kann doch nur bei unverschuldetem und als solchem nachgewiesenen Irrtum zurückgefordert werden.

Demnach steht schon die Glosse in Bezug auf die Lehre, daß Irrtum den Konsens ausschließe, nicht mehr ganz auf dem Standpunkt des römischen Rechtes. Daß man vollends zu jener von Tancred ausgesprochenen, weiterhin vielfach vertretenen Ansicht kommen konnte, ist meines Erachtens folgendermaßen zu erklären.

1) Zunächst ist diese Erscheinung in Zusammenhang zu bringen mit der einseitigen Behandlung des Zuständigkeitspunktes als einer bloßen Prozeßeinrede. Erst in der Kunstsprache der mittelalterlichen Prozessualisten wird für die Kompetenzbemängelung der Ausdruck „exceptio fori", den das römische Recht in dieser allgemeinen Bedeutung nicht kannte[1]), gebräuchlich. Dies bezeugt sicher, daß die damalige Doktrin die Unzuständigkeit überhaupt, nicht nur dann, wenn sie sich auf ein Privileg des Beklagten, auf ein jus fori desselben gründete, lediglich als einen mittels Prozeßeinrede durch den Beklagten zu rügenden Prozeßmangel ansah. — Irriger Weise wurde dann diese exceptio fori incompetentis unter die exceptiones dilatoriae gestellt. Daß es nach römischem Recht nur materiell-rechtliche exceptiones dilatoriae gebe, wurde in der gemeinrechtlichen Doktrin bis zur Abhandlung von Bülow über die Prozeßeinreden größtenteils verkannt. Mit dieser falschen Auffassung war zwar nicht eine unrichtige Behandlung der formell-dilatorischen Einreden, der sogenannten Prozeßeinreden, hinsichtlich der Zeit des Vorbringens und Beweisens verbunden, indem man die hier vorzugsweise in Betracht kommende l. 19 C. de probat. (4, 19) mit Recht nur auf die materiell-dilatorischen Einreden bezog[2]), die ja auch nur gemeint sein

1) Dieser Punkt ist meines Erachtens noch nicht gewürdigt worden. Eine Folgerung aus dieser Erscheinung unten im 3. Teil. 2) Diese Unterscheidung trifft namentlich auch Pfeiffer, Ztschr. f. Civilr. und Proz. Neue Folge. 11. Bd. S. 131; es ist dies „die zu Gunsten der Prozeßeinredentheorie erfun-

Digitized by Google

konnten, wenn anders das römische Recht nur materiell-rechtliche exceptiones dilatoriae kannte. Allein das dürfte man wohl mit Sicherheit annehmen, daß gerade in dieser Lehre der römisch-rechtliche Standpunkt nicht unmerklich verrückt war, sobald man die Zuständigkeitsfrage lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Prozeßdilatorie auffaßte. Nun finden wir aber diese Auffassung ganz deutlich ausgesprochen bei den Glossatoren der römischen, wie der kanonischen Rechtsbücher[1]), vor allem in dem Satze von Gratianus ad c. 2. C. 3 q. 6: „Exceptio fori dilatoria est atque ideo in initio litis debet opponi et probari". — Ist hiemit nicht die Unzuständigkeitseinrede für eine simple Prozeßdilatorie erklärt? Kommt aber eine Prozeßvoraussetzung lediglich unter diesem Gesichtspunkt in Betracht, so liegt die Behandlung nahe, daß die Inkompetenz, sobald nur die Einrede ausgeschlossen ist, überhaupt keine rechtliche Bedeutung mehr hat, jedenfalls nicht das Verfahren nichtig macht. —

2) In gewisser Beziehung entfernte sich auch die Gesetzgebung vom römisch-rechtlichen Standpunkt: es muß hier hervorgehoben werden, daß erst das kanonische Recht, die bekannte c. pastoralis X. 2,25 (Innocentius III. a. 1206) für neu entstandene, oder dem Beklagten erst bekannt gewordene Prozeßeinreden eine in integrum restitutio eingeführt hat; und zwar wurde diese gewährt unter der einzigen formalen Bedingung der Leistung eines Eides, des sogenannten juramentum de malitia. War also die Unzuständigkeitseinrede wegen Irrtums unverschuldet versäumt worden, so konnte sie immer noch geltend gemacht werden unter eidlicher Glaubhaftmachung des „se postmodum ad illius notiticiam venisse". Auch die Einführung einer derartigen prozessualen Restitution vermag nur der Umstand zu erklären, daß das Vorverfahren des kanonischen Prozesses, die praeparatoria judicii vom Verfahren in der Hauptsache nicht mit gleicher Strenge und Notwendigkeit geschieden war, wie im klassischen römischen Prozeß das Verfahren in jure von dem Verfahren in judicio. Nun liegt, meine ich, die Hypothese nicht so ferne, es stehe das Abweichen von dem strengen römischen Präklusionsprinzip, welches die Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede auch bei

---

dene restriktive Interpretation der l. 19 C. c." So Planck, krit. Vtljschr. 11. Bd. S. 165. Unrichtig z. B. auch Müchel, Über die litiscontestatio im kanonischen Civilprozeß S. 60. — 1) Hieher zu vergl. Pfeiffer a. a. O.

Digitized by Google

nicht verschuldetem Nichtgebrauch nach der litiscontestatio ausschloß, in Kausalzusammenhang mit dem Verlassen jenes andern im römischen Recht vertretenen Prinzipes, daß die Präklusion der Kompetenzbemängelung noch keineswegs den Mangel der Zuständigkeit heile. Es war demnach die Ansicht der in Frage stehenden Prozessualisten, insbesondere eines Tancreds an der angeführten Stelle wohl die: „die Unzuständigkeitseinrede wird nicht jedesmal durch die litiscontestatio präkludiert, sondern nur dann, wenn sie verschuldetermaßen nicht geltend gemacht wurde; ist sie aber wirklich präkludiert, so bedeutet das zugleich Heilung jenes Prozeßmangels, soweit es sich um eine durch Prorogation zu hebende Inkompetenz handelt". —

Mit dieser Thesis läßt sich freilich die unmittelbar vorhergehende Stelle bei Tancred, auf welche erst Birkmeyer[1]) hingewiesen hat, nur dann vereinigen, wenn man das „per errorem" (ed. Bergmann p. 270 v. 4) nur vom unverschuldetem Irrtum versteht. Aber dies scheint mir unbedenklich. Denn irgendwie müssen wir wohl den Sinn dieser Worte modifizieren, wenn wir nicht annehmen wollen, daß Tancred innerhalb weniger Zeilen zwei ganz verschiedene Ansichten aufgestellt. —

3) Hervorzuheben ist ferner, daß man stets bestrebt war, die irrige These im Anschluß an das römische Recht vorzutragen, sie auf dieses zu stützen. Da aber dieses nur bei vorliegendem Konsens Zuständigkeit begründen läßt, so fingierte man eben eine Vereinbarung; man erklärte, in der Streiteinlassung, welche ja in der That im animus prorogandi erfolgen kann, sei jedesmal eine Vereinbarung enthalten. — So wurde der römisch-rechtliche Standpunkt gewahrt durch die Konstruktion einer Vereinbarung, worauf gegenüber Wach mit Recht Birkmeyer[2]) hingewiesen hat; aber nur formell wurde er gewahrt, inhaltlich wurde darüber hinausgegangen. —

Den Verlust der Prozeßeinreden aus einem jedesmal vorliegen-

---

1) Das Verh. S. 58; Birkmeyer nimmt infolgedessen an, daß Tancred noch unverrückt auf dem Vereinbarungsstandpunkt steht; allein dieser Annahme steht wohl die S. 105 mitgeteilte Stelle entgegen. — 2) Mit Recht bemerkt dieser an verschiedenen Stellen, so d. Verh. S. 52, daß durch die Quasikontraktstheorie „die Brücke geschlagen ward, auf welcher man von der Präklusion des Beklagten mit der Inkompetenzeinrede zur Begründung der Zuständigkeit gelangen konnte". —

Digitized by Google

den Verzicht zu erklären, ist unrichtig, aber auch unnötig, weil die Präklusion legislativ durch andere triftige Gründe gerechtfertigt ist[1]). Erklärt man aber diese Rechtsfolge gleichwohl aus einem fingierten Verzicht, wie das zum Beispiel in c. 20 X. de sent. et de re jud. (2, 27) *) geschieht[2]), und wendet man dies auf die Unzuständigkeitseinrede an, so muß der Präklusionsmoment zugleich als kompetenzbegründend erachtet werden, weil in einem wirklichen Verzicht auf die Einrede allerdings eine Prorogation läge. So wurde in der That die litiscontestatio als Vereinbarung über den Gerichtsstand erklärt. Aber bei dieser Konstruktion eines bestimmten Prozeßstadiums als Kontrakt in Bezug auf die Kompetenz fühlte man alsbald das Bedürfnis einer „Vordatierung des Quasikontrakts" [3]) sowohl wegen der Konsequenz dieser Auffassung als auch deswegen, weil die kanonische, später auch die Reichsgesetzgebung ihrerseits den Präklusionsmoment vordatierten. — Die c. pa-

---

1) Cf. namentlich Birkmeyer, d. Verh. S. 17 f.

*) Anm. Wieding in s. Aufsatz „Zuständigkeit" in v. Holtzendorff's Rechtslexikon III. S. 1472 ff. nimmt an, daß die hier erörterte irrige Lehre sich zuerst beim Verfasser des ordo judiciarius des codex Bambergensis finde. Von diesem werde sie durch ein bedenkliches arg. a contr. aus c. 3. C. 3. q. 6 abgeleitet. — Tancred und Gratia Aretinus nehmen auf diese Stelle nirgends Bezug; allerdings ist dieselbe geeignet, die Ansicht zu bekräftigen, daß wer sich vorbehaltlos, freiwillig, wenn auch im Irrtum über die Zuständigkeit einlasse, die Bemängelung der Kompetenz für immer verliere. „Pulsatus ante suum judicem causam dicat et ante non suum judicem pulsatus, si voluerit, taceat. — Pulsatis vero, quotiens appellaverint, indutiae dentur". —

2) ..... Dilatorias ante litis ingressum opponere debuisset, quibus coram delegatis eisdem subeundo judicium renunciasse videntur". — Den Ausschluß von Prozeßhandlungen, die unter einer Präklusionsnorm stehen, aus einem Verzicht abzuleiten, ist auch sonst dem kanonischen Gesetzgeber, ja der ältern Rechtsauffassung überhaupt, geläufig. So erklärt c. 6 in VI^to 2, 15 de app. den durch Versäumung des Appellationsfatale eintretenden Verlust des Rechtsmittels aus einem Verzicht (..... alias praesumitur appellationi suae renuntiare), während es doch, wie Schwalbach, Arch. S. 64, S. 289 ff. sehr zutreffend ausführt — ohne alle Rücksicht auf den Willen der Parteien eine ganz naturgemäße Einrichtung ist, daß das nicht rechtzeitig angefochtene Urteil rechtskräftig sei. — Aber gerade bei der Präklusion der Unzuständigkeitseinrede konnte diese Erklärung aus einem Verzicht nicht ohne weitere Konsequenzen bleiben, wie schon S. 99 angedeutet wurde. 3) Birkmeyer, d. Verh. S. 49, N. 131a.

Digitized by Google

storalis hat nämlich in der Entwicklung der Präklusionsnorm noch nach einer andern Seite hin Bedeutung. Man erblickt in derselben mit Recht den Keim der Eventualmaxime[1]): alle dilatorischen Einreden sollen bis zu einem vom Richter festgesetzten Termin vorgeschützt und bewiesen werden, bei Strafe der Präklusion. — Seitdem ist die Unzuständigkeitseinrede nicht nur, wie im römischen Recht rechtzeitig, d. h. vor der litiscontestatio zu erheben, sondern auch gleichzeitig mit den übrigen Einreden derselben Gattung[2]): denn auch durch die deutschen Reichsgesetze wurde diese Bestimmung sanktioniert[3]) und hat sich, wie später zu erörtern ist, im geltenden Recht erhalten.

Demgemäß war der Präklusionsfall schon durch das vereinzelte Vorbringen anderer Einreden gegeben. Wenn nun Tancred und Durantis die Fiktion der Zuständigkeitsvereinbarung auf jenen Thatbestand ausdehnten, so wurde ein Vorgang als kompetenzbegründend erklärt, der nicht einmal wegen des thatsächlichen Eintrittes in den Prozeß als freiwillige Unterwerfung gedeutet werden kann, sondern nur die Präklusion mit der Einrede enthält. Man war also — wiederum unter der fälschlichen Auffassung als Vereinbarung, Verzicht, unter einer „Erweiternng des Konsensprinzipes" — in Wahrheit doch zu der Theorie gelangt, daß ein Thatbestand Kompetenz erzeuge, den man bei unbefangener Betrachtung als bloßen Präklusionsthatbestand hätte erkennen müssen. Nur wird man diese Auffassung nicht als Wurzel der modernen Präklusionstheorie bezeichnen können[4]): denn nicht aus Präklusion, sondern aus einer jedesmal vorliegenden Vereinbarung wurde damals die Kompetenzbegründung erklärt.

Von dem bezeichneten Standpunkt aus konsequent wurde nicht nur gleichzeitiges und rechtzeitiges Vorbringen der Unzuständigkeitseinrede, sondern auch Gebrauch derselben an erster Stelle erfordert. —

---

1) Zu vergl. Müchel, das Verfahren bis zur Litiscontestatio im ordentlichen kanonischen Civilprozeß, S. 76 und N. 7.

2) Im römischen Recht läßt sich diese Vorschrift nicht nachweisen; cf. Brackenhöft, Erört. S. 382 und N. 35. 3) K.G.O. 1550 III. t. 24 § 2; t. 26 § 6; cf. Heffter, System d. röm. und d. Civilprozesses S. 434 N. 95 (2 Aufl.). 4) Dies thut Wach, Arch. 62, S. 381: „Wie oben nachgewiesen worden, hat bereits innerhalb der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis eine Auffassung des gewillkürten Gerichtsstandes Boden gewonnen, welche nicht dem Prorogationswillen, sondern dem Präklusionsmoment die entscheidende Bedeutung beimißt".

Digitized by Google

Das ließ sich mit dem Argument begründen, daß eine thatsächliche Unterwerfung in jedem Verhandeln liege, durch welches man dem unzuständigen Richter Gelegenheit zu irgend einer richterlichen Entscheidung gebe. Gerade diesen Gedankengang kann man verfolgen in der Darstellung des Gratia Aretinus, der die Ansicht des Tancred: „si hanc (sc. exceptionem) dimittit et accedit ad alias, in jurisdictionem judicis consentire videtur, ut ad hoc beneficium postea redire non poterit“ [1]) — näher begründet hat. Die Dilatorien, lehrt er, müssen vor der litiscontestatio vorgeschützt werden, aber die gegen die Jurisdiction des Richters dem Beklagten zustehende an erster Stelle [2]). Bringt man nämlich eine Einrede vor der Unzuständigkeitseinrede oder vor der recusatio judicis suspecti vor, so will man doch durch dieses Vorbringen ein Urteil des Richters über die ihm dargelegten Thatsachen veranlassen — „et sic facit eum judicem quodam modo et primae exceptioni, scilicet recusationis quasi tacite videtur renuntiare, quia cum procedit coram judice, cujus judicium declinare intendit, facit sibi praejudicium consentiendo in eum“ [3]). Daß der Schriftsteller hiemit nicht nur die recusatio judicis suspecti, sondern zugleich auch die Unzuständigkeitseinrede meint, ist wahrscheinlich wegen des Umstandes, daß beide Rechtsbehelfe von den mittelalterlichen Prozessualisten oft vermengt und gemeinsam abgehandelt werden [4]), wird vollends ersichtlich durch die unmittelbar darauffolgende Zusammenfassung: „Videas igitur, quod a principio, si potest judicium judicis, qui te citavit, tamquam non tui judicis declinari, et in principio exceptionem illam objicias“. —

In dem bisher Mitgeteilten sind nur die früheſten Spuren jener irrigen Theorie zu erblicken, welche sich im gemeinen Prozeßrecht bis zu dessen Aufhebung durch die neuere Gesetzgebung fortpflanzte. — Aber nicht nur als die ersten Äußerungen sind sie merkwürdig, sondern auch insofern, als sie den Weg weisen, auf welchem auch spätere Prozessualisten zu demselben Resultat gelangten. Es ist dieser Weg die Annahme, daß in der Streiteinlassung immer eine Gerichtsstandsvereinbarung liege. — Freilich hat auch die richtige Ansicht über das

---

1) Ordo judic. p. 2 t. 5 §1; ed. Bergmann p. 140. 2) Freilich war dies bestritten; zu vergl. Pfeiffer, Ztschr. f. Civilr. und Prozeß, Bd. 12, S. 172. Anschauliche Formeln für den gleichzeitigen Gebrauch mehrerer Einreden gibt Gratia im § 3 eod. (Bergmann p. 351). 3) De jud. ord. p. 1. t. 93; Bergmann p. 352. 4) cf. Birkmeyer, d. Verh. S. 45, N. 124.

Digitized by Google

Prorogationsrecht zu allen Zeiten sehr zahlreiche Vertreter gefunden. Andrerseits ist jene bis auf Tancred zurückreichende irrige Ansicht keineswegs völlig übereinstimmend von ihren Anhängern gelehrt worden.

1) Differenzpunkt bildete einmal die Bestimmung des Momentes dieser Prorogation. Nach gemeinem Recht mußte man annehmen, daß jedenfalls die Einrede schon dann präkludiert sei, wenn sie nicht rechtzeitig mit den andern Prozeßdilatorien vorgebracht sei. Wer nun in dem Handeln, durch welches die Einrede verloren geht, eine Kompetenzbegründung erblickt, wird konsequent den fraglichen Zeitpunkt als der litiscontestatio vorausgehend erachten. So lehrt von den ältern Schriftstellern insbesondere Berlich[1]): extra omnem controversiam est, si reus coram judice compareat et omissa exceptione incompetentiae aliam exceptionem dilatoriam opponit, quod per hoc in judicem consensisse eius jurisdictionem prorogasse dicatur. — Dagegen wird die Ansicht, daß erst an die Streiteinlassung die Fiktion der Gerichtsstandsvereinbarung angeknüpft werde, insbesondere von Bayer[2]) vertreten.

2) Man hat in neuerer Zeit die irrige Ansicht, daß durch die Streiteinlassung die Unzuständigkeit des Gerichtes geheilt werde, als Litiskontestationstheorie bezeichnet[3]). Aber jener Satz ist eigentlich nur das praktische Resultat, zu dem man durch verschiedene Konstruktionen gelangte, und so lassen sich meines Erachtens nicht weniger als drei verschiedene Auffassungen sondern. — Die unhaltbarste ist diejenige, welche die vermeintliche Zuständigkeitsbegründung aus dem übereinstimmenden Willen der Parteien erklärt, welche annimmt, daß die litiscontestatio in der That zugleich eine Vereinbarung über den Gerichsstand sei.— Daneben ist jene Ansicht zu verzeichnen, welche gegenüber der wissenschaftlichen Kritik besser Stand hält. Die Vertreter dieser Ansicht verkennen nicht, daß die Streiteinlassung auch im Irrtum über die Kompetenzverhältnisse erfolgen könne, daß nur möglicher, nicht auch notwendiger Weise in der l. c. sich eine Vereinbarung über die Kompetenz vollziehe. Sie vermeiden somit die dogmatische Fiktion, nehmen aber eine gesetzliche an. Als Hauptvertreter dieser Ansicht kann man wohl Bayer[4]) bezeichnen.

1) Bei Wach, Handb. I. S. 508 N. 51; die Stelle ist concl. pract. V, 28. — 2) In der unten angef. Stelle. 3) So Fitting, Ztschr. VI. S. 289 ff.; N. 60; zu vergl. auch Birkmeyer, d. Verh. S. 54. 4) Vorträge § 77 (10. Aufl. S. 235).

Digitized by Google

Derselbe lehrt nämlich: „Wenn der Kläger vor einem inkompetenten Gericht Klage gestellt und der Beklagte sich ohne Widerrede einläßt, so wird jedesmal eine stillschweigende Prorogation angenommen, auch wenn der Klageſtellung keine besondere Übereinkunft bezüglich des Gerichtsstandes vorausgegangen war".

Vom Standpunkt dieser Auffassung aus erscheint die gesetzliche Fiktion eines Kompetenzvertrages als Folge, Teil des Quasikontrakts der litiscontestatio, und dies ist die Quasikontraktstheorie. Besonders klar ist die zunächst in Rede stehende Ansicht ausgesprochen von Voët[1]): allerdings könne in der Einlassung Prorogationswille dann nicht bekundet werden, wenn Irrtum über die Kompetenz obwalte. Aber das Gesetz lasse diesen Irrtum nicht gelten, denn in der Einlassung liege ein Quasikontrakt in Bezug auf den Gerichtsstand — „lege scilicet tunc supplente defectum consensus ad prorogationem requisiti; in quantum fingit ac concipit judicio quasi contrahi, atque ita ex ipso facto litiscontestationis consensum intercessisse; eo modo, quo et in ceteris quasicontractibus jus consensum naturaliter deficientem subfuisse fingit".

Nur eine etwas abweichende Begründung und Formulierung des Gedankens, daß dem sich vorbehaltlos einlassenden Beklagten die Fiktion eines Prorogationsvertrages auferlegt werde, finden wir bei Bähr[2]) in der These, daß der Beklagte durch die in der litiscontestatio liegenden Anerkennung verpflichtet werde, die Zuständigkeit nicht weiter anzufechten. Auch dieser Schriftsteller gibt zu, daß eine Prorogation nach den Quellenzeugnissen nicht denkbar sei ohne die auf Konsens beruhende, bewußte Unterwerfung. — „Wenn aber der Beklagte in der Einlassung der Einleitung des Verfahrens, wonach das Gericht stillschweigend seine Kompetenz für begründet angenommen hat, keinen Widerspruch entgegensetzt, so liegt hierin eine Anerkennung, welche in ihren Grundlagen die stärkere Natur des gerichtlichen Geständnisses und des Verzichtes auf Anfechtung annimmt und daher gleich diesem nur durch Restitution zu beseitigen sein dürfte". —

Endlich eine dritte Ansicht, die zu demselben Resultate führt, daß die in der litiscontestatio liegende Präklusion der Kompetenzbemängelung zugleich heilend wirke, hat Reatz[1]) aufgestellt.

---

1) Comment. ad Pand. l. 2 t. 1 sub. 18; cf. Birkmeyer, das Verh. S. 51. — 2) „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund"; § 53 „Anerkennung im Prozeß" (2. Aufl. S. 230). 3) S. 40 ff.

Digitized by Google

Dieser behauptet weder, daß in der Streiteinlassung eine stillschweigende Vereinbarung liege, noch auch, daß der Gesetzgeber dieselbe zwingend annehme, — operiert also weder mit der dogmatischen Fiktion [1]), noch nimmt er an eine gesetzliche Fiktion; wohl aber behauptet er, „daß das Gericht kompetent werde dadurch, daß die Parteien seine Inkompetenz nicht gerügt und litem kontestiert haben". — Das ist die eigentliche Litiskontestationstheorie, die Ansicht, es begründe die Verhandlung zur Hauptsache als solche, ohne allen Zusammenhang mit der Gerichtsstandsvereinbarung, wenn auch innerhalb derselben Grenzen Kompetenz des gesetzlich unzuständigen Gerichtes. —

Freilich ist auch diese Lehre zu verwerfen [2]). Daß insonderheit jene Stelle, auf welche sich Reatz in erster Linie beruft, — die l. 30 D. de jud. (5, 1) nicht einen in dem „judicium acceptum", d. h. in der litiscontestatio liegenden Kompetenzgrund, sondern nur die Präklusion der Kompetenzbemängelung ausspreche, ist schon oben (S. 101) dargelegt worden. — Bezeichnend ist aber auch für die Haltlosigkeit der Theorie von Reatz, daß er die l. 4 C. 7, 48 si a non compet., welche die Nichtigkeit des Verfahrens vor unzuständigem Richter klar und deutlich darthut, hiemit auch beweist, daß eine Heilung des Prozeßmangels, geschweige denn eine Kompetenzbegründung nicht eintrete durch die bloße litiscontestatio, — als eine zweifelhafte Stelle betrachtet, „der man den Sinn beilegen dürfe, der mit andern, klaren Stellen nicht in Widerspruch stehe". —

3) Im Zusammenhang mit der unrichtigen Lehre, oder vielmehr als wichtigste Konsequenz derselben erscheint in der gemeinrechtlichen Doktrin auch die These, daß die Unzuständigkeit des Gerichtes, insoweit eine Beseitigung derselben durch Konsensprorogation zulässig wäre, kein Nichtigkeitsgrund sei. Wenn nämlich in der vorbehaltlosen Streiteinlassung jedesmal eine Vereinbarung angenommen wird, so wirkt diese Fiktion über die Instanz hinaus zu Gunsten der rechtsgiltigen Thätigkeit des einmal mit der Sache befaßten Richters; und damit ist die Anfechtung der Pro-

---

1) A. a. O.: „Zwar glaube ich nicht, daß das Gericht, welches ich in diesem Falle für kompetent halte, den Grund seiner Kompetenz in der freiwilligen Unterwerfung finden kann, denn diese setzt das Wissen der Parteien voraus, daß das betreffende Gericht unzuständig ist". — 2) Gegen diesen „neuen entdeckten Gerichtsstand der Litiskontestation" vgl. insbesondere Bülow, die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßv. S. 94 N. 26; Wach, Arch. 62, S. 375 u. N. 5. —

Digitized by Google

zedur wegen Nichtigkeit ausgeschlossen. So lehren denn auch in der neuern gemeinrechtlichen Litteratur mehrere Prozessualisten, Martin[1]), Bayer[2]), Linde[3]), wohl auch Bolgiano[4]), daß nur dann die Unzuständigkeit des Gerichtes einen Grund für die querela nullitatis insanabilis abgebe, wenn eine Prorogation unzulässig sei.

Daß freilich auch in prorogierbaren Sachen die Unzuständigkeit des Gerichtes die Nichtigkeitsklage begründe, wenn der Beklagte die Unzuständigkeitseinrede rechtzeitig vorgebracht, dieselbe aber verworfen wurde, hat man stets anerkannt[5]); aber nicht darum handelt es sich hier, sondern um die Frage, ob Nichtigkeit auch dann Platz greife, wenn der Beklagte, ohne die Einrede vorzuschützen, in verschuldetem oder unverschuldetem Irrtum über die Kompetenz sich eingelassen hat. Und diese Frage wird von den genannten Schriftstellern verneint. Damit sprechen sie aber einen gemeinrechtlich wohl nicht haltbaren, allerdings de lege ferenda angemessenen, erst im neuern Prozeßrecht sanktionierten Gedanken aus, den Grundsatz, daß die Unzuständigkeit, soweit sie durch Parteienkonsens beseitigt werden kann, prinzipiell für das Rechtsmittelverfahren dann nicht mehr relevire, wenn vorbehaltlose Einlassung des Beklagten vorliege.

4) Endlich ist zu bemerken, daß die These, thatsächliche Unterwerfung genüge zur Prorogation, auch verwertet wurde zur Lösung der wichtigen Frage: „wie hat das Gericht, insbesondere im Versäumnisfall seine Zuständigkeit zu prüfen". In welcher Weise hierüber die gemeinrechtliche Doktrin argumentierte, wie sie die prorogatio fori mit der contumacia in Zusammenhang brachte — ist noch an anderer Stelle darzulegen.

§ 3. Die neuern Gesetzgebungen.

Es ist nunmehr zu erörtern, in welcher Weise die partikularen Prozeßordnungen den im gemeinen Recht wohl vielfach vertretenen, aber vom Standpunkt desselben aus irrigen Gedanken weiterbildeten, daß in der Präklusion der Unzu-

---

1) Vorlesungen II. S. 410. 2) Vorträge S. 1083 vbd. S. 235.

3) Handbuch V. S. 520. 4) In seinen „gesammelten Abhandlungen" S. 13; hier lehrt er nämlich, daß eine Bedingung der Nullitätsquerel die sei, daß der Beklagte sich rechtzeitig der Einrede bedient habe. — 5) Bolgiano a. a. O. —

Digitized by Google

ständigkeitseinrede zugleich eine Heilung des Mangels liege.

Die bayerische Gerichtsordnung von 1753 steht in dieser Lehre auf dem gemeinrechtlichen Standpunkt: nach c. 1 § 17 gibt es nur eine Konsensprorogation, wenn anders, — was schon oben[1]) geschah — das „gutwillig" der Gesetzesstelle nur von dem wirklichen, durch keinerlei Irrtum über Wesentliches ausgeschlossenen Vereinbarungswillen zu verstehen ist[2]). Freilich ist auch nach der bayerischen Gerichtsordnung die Einrede der Unzuständigkeit verlierbar. Schon c. 6 § 2 und 3 bestimmte, daß alle dilatorischen Einreden gleichzeitig und vor der Streiteinlassung vorzubringen seien, indessen hatte man die Statthaftigkeit eines successiven Vorbringens der Forideklinatorien, namentlich in fiskalischen Prozessen, angenommen, aber gewiß mit Unrecht gegenüber dem auch hierin dem gemeinen Recht folgenden Gesetzeswort[3]).

Die Prozeßnovelle von 1837 (Gesetz vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betr.) hat die Frage in der Art entschieden, daß mehrere Forideklinatorien bei Strafe der Präklusion zugleich und auf einmal vorgebracht werden sollten. War demnach die Einrede nicht schon im ersten Termin gebraucht worden, so konnte sie auch als gemein-dilatorische nicht mehr vorgebracht werden[4]), war vielmehr schlechthin präkludiert; der Eid oder ein sonstiger genügender Beweis des Beklagten darüber, daß die Einrede sich erst nachher im Verlauf des Streites hervorgethan habe, bildete die Bedingung einer restitutionsartigen spätern Zulassung.

Aber die Präklusion hatte keinerlei den Prozeßmangel heilende Wirkung. Wenn Konsens wegen mangelnden Wissens der Parteien ausgeschlossen war, konnte hinterher eine Anfechtung des Verfahrens erfolgen, und zwar bildete der Mangel der Zuständigkeit auch in

---

1) S. 47, N. 1. 2) Außerdem würde das Gesetz nur die thatsächliche Unterwerfung fordern. Daß aber wirklicher Vereinbarungswille gefordert wird, darf auch daraus geschlossen werden, daß die Stelle beide Parteien nennt. — 3) Bolgiano in seiner „vergleichenden Darstellung des gemeinen und des bayer. Civilprozesses" nennt sie eine mißbräuchliche, die das Evenutalprinzip, den Wortlaut und Geist der Gesetze gegen sich habe. Über das Eventualprinzip im bayer. Civilprozeß auch Seuffert's Kommentar I. S. 400 ff. — 4) Bolgiano a. a. O. S. 56, Seuffert, Komm. II. (1855) S. 326: „Es ist unzulässig, das Vorspiel über die Verbindlichkeit zur Einlassung in mehreren Akten aufzuführen".

Digitized by Google

den prorogierbaren Fällen eine Begründung des remedium nullitatis [1]).

Anders das preußische Recht[2]); nach der allgemeinen Gerichtsordnung hat zwar jeder Richter seine Zuständigkeit zu prüfen, und darf keinen Versuch machen, ob etwa seine Gerichtsbarkeit durch Prorogation begründet werden könnte; sollte es aber gleichwohl vorkommen, daß der Beklagte, ohne die Inkompetenz zu rügen, die Klage beantwortet, „so muß er diesen Gerichtsstand auch im Fortgang des Prozesses anerkennen und kann in der Folge nicht mehr verlangen, daß die Sache an das gehörige Gericht verwiesen werde" (arg. T. 1 tit. II. § 160). Also ist jedenfalls die in der vorbehaltlosen Einlassung liegende Präklusion des Abwehrungsrechtes zugleich Heilung des Mangels, eine Rechtswirkung, die Koch[3]) irriger Weise aus einem Willensakt erklärt. Ob nun aber der Gesetzgeber den ihm vorschwebenden Rechtssatz: „das Gericht soll von der vorbehaltlosen Klagebeantwortung ab unangefochten und rechtswirksam prozedieren", — durch eine Kompetenznorm ausdrückte und dadurch einen Gerichtsstand der litiscontestatio schuf, wie Reatz[4]) meint, oder ob er ihn durch Erteilung bloßer Judikationsbefugnis aussprach, wie Birkmeyer[5]) annimmt, — dies ist gegenüber dem ziemlich ungenauen Gesetzestext schwer zu entscheiden[6]). — § 160 cit. zeigt allerdings an, daß das Gericht auch durch diese thatsächliche Unterwerfung nicht „das gehörige Gericht" wird, ja § 164 fügt hinzu, „fehlt es an diesem Erfordernis (nämlich am Konsens), so entsteht zwar da, wenn der Beklagte sich in der Folge wirklich eingelassen hat, keine Nullität des Prozesses"; dagegen besagt wiederum § 162 indirekt, daß durch eine derartige Prorogation die Gerichtsbarkeit begründet werde. — Demnach kann die preußische Gerichtsordnung nicht gerade als Zeugnis dafür angewendet werden, daß in den neuern Gesetzgebungen eine bestimmte Kompetenznorm der Präklusionsnorm entspreche, aber jedenfalls wird durch die thatsächliche Unterwerfung des Beklagten ein rechtsgiltiges Verfahren vor dem unzuständigen Gericht ermög-

---

1) Seuffert, Komm. IV. (1845) S. 177|8. 2) Daß erst dieses an die neuere Lehre sich anschließt, dafür indirekt Wach, Arch. 62, S. 379, 381; Fitting, Ztschr. VI. 255. 3) Preußischer Civilprozeß § 179 S. 369; aber er befindet sich dabei, wie das Gesetzeswort, auf das er sich beruft, „im Fahrwasser des judicio contrahitur", wie Birkmeyer, d. Verh. S. 65 bemerkt. 4) S. 222. 5) Das Verhältnis S. 63 ff. 6) So auch Fitting, Ztschr. VI. S. 274.

Digitized by Google

licht. — Für die Unzuständigkeitseinrede besteht nach preußischem Recht[1]) wie für sechs andere als prozeßhindernde aufgeführte Einreden das Gebot rechtzeitigen und wenn mehrere derartige Einreden in Frage stehen, gleichzeitigen Vorbringens.

Die neuern Prozeßordnungen statuieren im Gegensatz zur preußischen Civilprozeßordnung überall und ausdrücklich die Fiktion der Vereinbarung und damit ist der Standpunkt des geltenden Rechtes erreicht; denn sie statuieren eben dadurch eine wirkliche Kompetenznorm, — was freilich ausführlicher erst bei der Erörterung des geltenden Rechtes zu beweisen ist. Allein wenn man auch von der Ansicht ausgeht, daß sie für einen bestimmten Thatbestand ohne vorliegenden Konsens Kompetenz verleihen, so wäre es doch meist sehr unzutreffend, wenn wir deshalb, weil diese Prozeßordnungen in einem bestimmten Fall, der allerdings auch als Präklusionsmoment in Betracht kommt, Zuständigkeit statuieren, einfach sagen würden, daß die betreffenden Civilprozeßordnungen vom Präklusionsprinzip ausgehen [2]). Hiegegen ist vielmehr zu bemerken: 1) Die Fiktion, die sie aufstellen, wird bei mehreren schon dadurch gemildert, daß sie zugleich in größerem oder geringerem Umfang den Gerichten Rechtsbelehrung über die Unzuständigkeit, Warnung der Parteien vor der „stillschweigenden Prorogation" vorschreiben. 2) Die Fiktion wird auch dadurch in ihrer Wirkung restringiert, daß gegen sie mehr oder minder Nachholung der unverschuldeter Weise versäumten Einrede gestattet ist. Es wird wiederum beim geltenden

1) Verordnung vom 21. Juli 1846.

2) Dies nimmt Wach, Arch. 62, S. 381 an; — nicht widerlegt wird er allerdings durch die Ausführungen von Renaud (Ztschr. V. S. 25—28). Es hängt die Auffassuug von Renaud über diese Prozeßordnungen mit seiner Auffassung des geltenden Rechtes in diesem Punkt zusammen, und wird daher auf seine Theorie noch zurückzukommen sein. — Allein schon hier muß dagegen Folgendes bemerkt werden. Es ist damit nichts erreicht, daß man konstatiert: „Dies oder jenes Prozeßgesetz kennt nur zwei Kompetenzgründe, Gesetz und Vereinbarung, aber es nimmt in gewissen Fällen eine Vereinbarung an und schließt den Gegenbeweis aus." (So Renaud a. a. O. S. 27) Durch diese Erkenntnis kommt man eben dazu, eben jene Norm als Fiktion zu erklären und dann fragt es sich weiter: Wollte der Gesetzgeber bei Statuierung dieser Fiktion wirklich auch Zuständigkeit auf den heterogenen Thatbestand übertragen, oder nicht? — Auf diese Frage ist R. nicht eingegangen, für die Ansicht Birkmeyers hat er keinen neuen Beweisgrund geliefert; er hat auch gegenüber jenen Fiktionen, die Wach als Zeichen des Präklusionsprinzips auffaßt, nicht nachgewiesen, daß sie es nicht sind.

Digitized by Google

Recht ausführlich nachzuweisen sein, daß, wenn auch die Fiktion an ihrer herkömmlichen Stelle, das heißt unter den Normen über die Gerichtsstandsvereinbarung, absolut lautet, dennoch eine Rückwirkung der betreffenden Präklusionsnorm auf die Kompetenznorm überall als Wille des Gesetzgebers zu erachten ist, und daß der Gesetzgeber die weitergehende Wirkung der Kompetenzbegründung überall da nicht statuieren wollte, wo er gegen die Präklusion der Einrede noch eine Restitution zuläßt. — Ja, eine Prozeßordnung, die hannover'sche hat dies als Willen des Gesetzgebers ausdrücklich ausgesprochen.

Die bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover vom 8. Nov. 1850 bestimmt nämlich in § 19: „Als stillschweigende Vereinbarung ist es anzusehen, wenn der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit entweder überhaupt nicht, oder doch nicht im Eingang des Rechtsstreites (§ 196) vorschützt." — Das hiemit ausgesprochene Prinzip ist allerdings folgendes: „Nicht nur der in der litiscontestatio gegebene Eintritt in den Prozeß, sondern jeder Präklusionsthatbestand ist kompetenzbegründend." Präkludiert ist aber die Einrede bereits durch bloßen Nichtgebrauch; daraus folgt aber, daß auch im Falle Ausbleibens des Beklagten eine prorogatio fori eintrat, — eine Konsequenz, die namentlich der Verfasser und Bearbeiter dieser Prozeßordnung, Leonhardt [1]) in seinem Kommentar ausgesprochen hat. — Ist demnach auch in dieser Prozeßordnung das Präklusionsprinzip als kompetenzbegründendes sanktioniert, so ist dasselbe doch wiederum in einem wichtigen Punkt eingeschränkt; § 19 selbst verweist auf § 196, auf die Präklusionsnorm und hier wird in Absatz 3 bestimmt, daß nur die dem Beklagten bereits zustehenden und bekannten verzögerlichen Einreden präkludiert werden. Es galt also nach hannover'schem Recht allerdings der Satz: „Nichtgebrauch der Einrede schafft Zuständigkeit", oder: „das Gericht wird zuständig durch Nichtablehnung." Aber die beim Nichtgebrauch der Einrede eintretende Fiktion der Vereinbarung zessiert überall da, wo Nichtgebrauch der Einrede wegen Unkenntnis der Unzuständigkeit nachgewiesen wird. Wohl aber trifft die Fiktion immer den Kläger, und gewiß mit Recht: er hat das Gericht freiwillig angegangen, kann ihm durch Zurücknahme

---

1) Die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover II. S. 28, N. 1 (4. Aufl.). Dazu noch v. Amsberg, Arch. 65, S. 62; Wach, Arch. 62, a. a. O. S. 397; Francke, Ztschr. V. S. 473; Birkmeyer, d. Verh. S. 65 f.

Digitized by Google

der Klage bis zur litiscontestatio die Sache entziehen, darf endlich nach einer allgemeinen Prozeßmaxime die Folgen der eigenen Handlungen nicht anfechten [1]), — lauter Gründe, welche es gerechtfertigt erscheinen lassen, dem Kläger jede spätere Kompetenzbemängelung zu entziehen. Dagegen war dem Beklagten diese Möglichkeit gegeben, auch bei einer durch grobe Nachlässigkeit herbeigeführten Präklusion der Einrede. Wohl aber traf ihn die Fiktion dann, wenn er, um die Unzuständigkeit wissend, im Verhandlungstermin ausblieb. Demnach enthält diese Prozeßordnung die Präklusion der Einrede, ja den Nichtgebrauch derselben allerdings als Kompetenzgrund, aber folgerichtig geht der Gesetzgeber in Statuierung der Kompetenz nicht weiter als in Statuierung des Rechtsverlustes der Präklusion und diese soll nur den wissentlich Versäumenden treffen.

Hier mag die entsprechende Bestimmung des code de procédure civile Platz finden. Auch dieser statuiert für die verzichtbare Unzuständigkeitseinrede eine Präklusionsnorm [2]) und auch diese Norm hat den Zweck, zugleich den in der Unzuständigkeit liegenden Mangel gänzlich zu beseitigen. Dies entspricht durchaus der französischen Kompetenzordnung; oder es wird vielmehr dadurch die rechtliche Bedeutung derselben in's rechte Licht gestellt. Weil die „incompétence en raison de la personne“ doch nur die Bedeutung hat, dem Richter und Beklagten ein Ablehnungsrecht zu geben, so bedarf es ebendeshalb keiner weitrer Vorschrift als der Präklusionsvorschrift, um einen zwar noch unzuständigen, aber nicht mehr ablehnbaren Richter zum rechtsgiltigen Verfahren zu ermächtigen.

Die französische Doktrin hat allerdings ziemlich übereinstimmend [3]) die Präklusion der Einrede als Wirkung eines still-

---

1) Über diesen Punkt, der im Reichsrecht ebenso gestellt ist, s. insb. Birkmeyer, d. Verh. S. 19, N. 51; S. 66; cf. Boitard, leçons t. I. p. 428: . . l'incompétence ratione personae ne peut jamais l'être que par le défendeur; car le demandeur, qui assigne devant un tribunal incompétent couvre par là même cette incompétence lorsqu'elle peut être couverte. 2) art. 168: La partie qui aura été appelée devant un tribunal autre, que celui, qui doit connaître de la contestation, pourra demander son renvoi devant les juges compétents. — art. 169: Elle sera tenue de former cette demande prèalablement à toutes autres exceptions et défenses. 3) Man vergleiche außer den bereits bei Birkmeyer, d. Verh. S. 54, N. 147 angeführten Schriftstellern noch Berriat-Saint-Prix p. 228 annot. 57 „consentire à plaider devant le tribunal incompétent“; Boitard I. p. 431. Schlink, Komm. über die

Digitized by Google

schweigenden Verzichts auf die Unzuständigkeitseinrede hingestellt, welcher Verzicht auch dem Gericht Kompetenz verleihe. Allein nach zwei Richtungen hin scheint mir diese Konstruktion unzutreffend; sie beruht einmal auf der dogmatischen Fiktion, auf der irrigen Prämisse, daß ein Verzicht vorausgegangen sein müsse, wo ein Rechtsverlust da sei; dazu kommt überdies, daß auch mit einem wirklichen Verzicht hier nichts gewonnen ist. Denn keine Bestimmung des französischen Rechts erklärt, daß ein Verzicht auf die Unzuständigkeitseinrede Zuständigkeit verleiht[1]). Die richtige Auffassung wird vielmehr die sein: die aus der örtlichen Zuständigkeitsordnung des französischen Rechts sich ergebende Unzuständigkeit der andern Gerichte hat lediglich die Bedeutung, daß der Beklagte denselben gegenüber ein Ablehnungsrecht hat. Dieses Ablehnungsrecht ist seiner Disposition unterstellt und in seiner Anwendungsdauer beschränkt[2]); und so macht die Präklusion der Einrede zwar nicht das Gericht zum zuständigen, aber die noch bestehende Unzuständigkeit hat keine weitere Bedeutung.

Übrigens ist es in der französischen Doktrin bestritten, welche von den beiden Einreden, deren Geltendmachung in Artt. 166, 169 an erster Stelle erfordert wird, die Einrede der Kaution gegen Ausländer oder die Unzuständigkeitseinrede an erster Stelle zu gebrauchen ist. Nach der von Boitard[3]) mitgeteilten Entstehungsgeschichte wird man sich mit ihm für den Vorzug der Einrede der Kaution entscheiden. —

Auch die oldenburgische Prozeßordnung vom 2. Nov. 1857 und die beiden badischen von 1851 und 1864 statuieren eine Fiktion stillschweigender Vereinbarung, die mit der Präklusionsnorm in Verbindung steht. Und zwar erheischen beide nicht gerade den Vorgang der Streiteinlassung des Beklagten auf die Hauptsache, sondern die Fiktion ist mit Rücksicht auf die Präklusionsnorm statuiert: sie tritt nämlich nach der oldenburgischen Prozeßordnung

---

französ. Civilprozeßordnung II. S. 49 nennt die Einlassung „einen gerichtlichen Vertrag, wodurch man den Richter für kompetent erklärt." (!) cf. übrigens auch Boitard l. c. § 589 p. 570 vv.; qle uasicontract judiciaire, qui est entrevenu entre les plaideurs, les enchaîne également etc

1) Denn einen Prorogationsvertrag mit der Wirkung der Gerichtszuständigkeit kennt das französische Recht nur in der Form des domicile élu. —

2) Während die unverzichtbare Unzuständigkeitseinrede, hervorgehend aus der incompétence en raison de la matière nach Art. 170 in jeder Lage des Verfahrens geltend gemacht werden kann. 3) l. c.

Digitized by Google

ein „wenn der Beklagte nicht innerhalb der zur Erklärung über die Klage bestimmten Frist die Einrede der Unzuständigkeit vorschützt“ [1]) und ähnlich nach der badischen: „wenn der Beklagte sich auf die vor dem unzuständigen Gericht erhobene Klage einläßt oder Einwendungen vorschützt, ohne die Einrede der Unzuständigkeit entgegenzusetzen“ [2]).

Allein die badische Prozeßordnung enthält daneben eine Vorschrift, welche meistens, — die oldenburgische eine Vorschrift, welche die Parteien wenigstens im Prozeß vor dem Amtsgericht vor einer prozessualen, d. h. nicht auf Konsens beruhenden Prorogation sicherte. Es wird nämlich in Oldenburg Art. 216, § 16 Belehrung der Parteien von Seite des Amtsgerichtes über seine Unzuständigkeit [3]) statuiert; im badischen Prozeßrecht in § 260 (Art. 282 der Prozeßordnung von 1851) die sog. Ladungsversagung, d. h. die Zurückweisung einer die Inkompetenz des Gerichtes ergebenden Klageschrift a limine judicii [4]). — Beide Vorschriften werden noch zu besprechen sein, wenn wir die Frage behandeln: „Wie hat das Gericht seine Zuständigkeit zu prüfen.“ Jedenfalls geht für die gegenwärtige Betrachtung aus beiden Vorschriften hervor, daß die von Oldenburg in Art. 26, § 1, Abs. 2 und von Baden in § 49 (= Art. 32 der ältern Prozeßordn.) statuierte Annahme einer Vereinbarung wohl in den meisten Fällen der Wirklichkeit entsprach.

Die württembergische Prozeßordnung vom 3. April 1868 gibt die hieher gehörige Bestimmung an zwei Stellen, da sie die Prorogation eines sachlich, und die eines örtlich unzuständigen Gerichtes gesondert behandelt. So bestimmen gleichlautend Art. 24, Abs. 3 und Art. 59, Abs. 2 „Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes von dem bei der mündlichen Verhandlung erschienenen Beklagten nicht vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend gemacht wird.“ Dadurch, daß diese Gesetzesstelle ausdrücklich das Erscheinen des Beklagten verlangt, erhellt bereits zur Genüge, daß keine stillschweigende Vereinbarung bei der contumacia des Beklagten fingiert werden soll. Ja, es tritt die Fiktion nicht einmal immer mit dem Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache eine: dieselbe findet

---

1) arg. art. 26, § 1, Abs. 2. 2) § 49 = Art. 32. 3) Zu vergl. Becker, Gesetz f. das Herzogtum Oldenburg, den bürgerl. Prozeß betr. S. 150. 4) Über die Ladungsversagung v. Freydorf, Prozeßordn. S. 597 ff.

Digitized by Google

vielmehr in den Fällen des Art. 22, zu denen die Erhebung einer zulässigen Widerklage zu rechnen ist, erst mit dem Schluß der Verhandlung über das betreffende Parteivorbringen statt.

Hinsichtlich der prozeßhindernden Einreden stellt die württembergische Prozeßordnung folgende Präklusionsvorschrift auf in Art. 344: Prozeßhindernde Einreden sind gleichzeitig [1]) und vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen. Als solche Einreden sind anzusehen: 1) Einreden gegen . . . . . die Zuständigkeit des Gerichtes. Doch gewährt der Gesetzgeber gegen den Verlust der prozeßhindernden Einreden nach Art. 346 eine in Art. 291 [2]) näher normierte „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand."

Aber auch bei dieser Gesetzgebung muß zur richtigen Würdigung der von ihr in Art. 24, Abs. 3, beziehungsweise Art. 59, Abs. 2 aufgestellten Fiktion bemerkt werden, daß der Gesetzgeber eine im Irrtum über die Zuständigkeit des Gerichtes vorgenommene Streiteinlassung möglichst zu verhindern sucht, und daß sich diese Vorsorge auch auf den Kläger erstreckt. Geht nämlich die Unzuständigkeit des Gerichtes schon aus der Klageschrift hervor, ohne daß in derselben die Absicht zu prorogieren ausgesprochen wäre, so erfolgt in Gemäßheit der Artt. 323, 324 Zurückweisung der Klage durch prozeßleitende Verfügung unter Bezeichnung dieses Mangels. „Beharrt der Kläger unerachtet der ergangenen Verfügung auf der Zuständigkeit des Gerichtes, so wird die Verhandlung über die Klage nach Maßgabe der Art. 323 sq. eingeleitet" [3]).

Nunmehr, in dem darauf anberaumten Verhandlungstermin erklärt der Richter seine Unzuständigkeit freilich nicht mehr von Amtswegen; er ist vielmehr durch Art. 64, Abs. 1 ausdrücklich angewiesen, in prorogierbaren Fällen die Einrede abzuwarten. Wenn aber auch die Gegenpartei nicht durch den Richter auf die Unzuständigkeit aufmerksam gemacht wird, so hat sie doch schon vor diesem Termin Erklärung erhalten über das Beharren des Klägers auf seinem Verfahren trotz der Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes. Diese

---

1) Daraus folgert Fecht in den „Gerichtsgesetzen" III. Bd. 2, S. 72 f. (wie die Mehrzahl der Schriftsteller für das geltende Recht) „daß auch in der Verhandlung zur Hauptsache weitere prozeßhindernde Einreden nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn die über die früher vorgeschützten Prozeßeinreden gepflogene Verhandlung geschlossen ist." 2) Nicht Art. 391, wie es aus Versehen bei Renaud in der Ztschr. V. S. 27, N. 47 heißt.

3) Art. 324, Abs. 2.

Digitized by Google

Erklärung mußte ihr nämlich mit der Klageschrift zugestellt werden [1]).

Nicht ganz zutreffend ist die Bemerkung von Fecht [2]), „es sei mit dem Beginn der meritorischen Verhandlung eine stillschweigende Prorogation von Seiten des Beklagten anzunehmen." Offenbar auch von Seiten des Klägers, da eine Fiktion der Vereinbarung beide Teile treffen muß. Aber die Bestimmung des württembergischen Prozeßrechtes ist selten Fiktion, weil durch die dargelegte Einrichtung der Irrtum der Parteien über die Zuständigkeit so ziemlich ausgeschlossen ist. Eine „stillschweigende Vereinbarung" ohne Prorogationswillen kraft der gesetzlichen Fiktion trat wohl nur dann ein, wenn die Unzuständigkeit nicht aus der Klageschrift hervorging. Und dann traf sie nur den Kläger, den sie mit Recht trifft; für den Beklagten war jedenfalls Restitution bei unverschuldeter Versäumung der Einrede möglich.

Wir gelangen endlich zur Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigken f. d. Königreich Bayern vom 29. April 1869. Diese schreibt in Art. 39 vor: „Stillschweigende Vereinbarung wird angenommen, wenn der Beklagte sich vor dem nicht zuständigen Gericht auf den Streit eingelassen hat, ohne die Einrede der Unzuständigkeit vorzuschützen." Hierin, sagt Schmitt [3]) mit Recht, liegt eine Rechtsvermutung und zwar eine sog. praesumtio juris et de jure, welche die spätere Berufung auf That- oder Rechtsirrtum ausschließt. Ebenso sagt Wernz [4]), daß die Annahme des Art. 39 eine Rechtsvermutung enthalte, gegen welche kein Beweis zulässig sei.

Übrigens faßt das Gesetz auch an einer andern Stelle den Vorgang des Art. 39, die vorbehaltlose Streiteinlassung, als eine die Unzuständigkeit beseitigende „Vereinbarung" auf, nämlich in Art. 265.

---

1) Zu vergl. Fecht III. Bd. 1, S. 88. 2) A. a. O. 3) Der bayer. Civilprozeß I. S. 315; dagegen operiert Barth, Komm. I. S. 258 f. mit der Vorstellung, daß in dem Thatbestand des Art. 39 wirklich eine stillschweigende Vereinbarung liege und daß es beim Versäumnisfall an einem Grund fehle, zu präsumieren. Daß übrigens Art. 39 mehr ist als eine Präsumtion, gibt Barth selbst zu: „die Geltendmachung eines Irrtums über die Zuständigkeit wird nicht vorkommen können wegen Art. 184, Abs. 2." 4) Kommentar I. S. 75/6. — Darum die „prorogatio tacita" unter den immer noch bedeutenden Wirkungen der Streiteinlassung bei Schmitt, Civilprozeß II. S. 22.

Digitized by Google

Aber meines Erachtens wird nicht erst hiedurch völlig klargestellt, daß Art. 39 in Fiktionsform eine Kompetenzbestimmung enthalte [1]), sondern es gebraucht hier eben der Gesetzgeber abkürzend den Ausdruck „Vereinbarung" auch für einen Vorgang, der keine Vereinbarung ist, aber in seiner Rechtswirkung ihr gleichgestellt wird. Darum ist auch hier der Ausdruck des Gesetzes, wie Wernz [2]) im Kommentar zu diesem Artikel bemerkt, eine „reine Fiktion". — Für die Einrede der Unzuständigkeit gibt es folgende Präklusionsvorschrift: diese Einrede gehört im Allgemeinen zu den prozeßhindernden Einreden des Art. 184, welche „ohne die Sache selbst zu berühren, nur auf Grund von Prozeßvorschriften die einstweilige Abwendung oder den Aufschub des Prozesses bezwecken." Sie ist mit allen andern dieser Kategorie gleichzeitig bei Strafe der Präklusion vorzubringen. Doch ist sie insofern vor den andern bevorzugt [3]), als nach Art. 186 die Unzuständigkeitseinrede mit 6 andern Prozeßrügen von der Einlassung auf die Hauptsache befreit. Endlich ist die Unzuständigkeitseinrede der Art, daß „die Sache nach dem Geldwert des Streitgegenstandes vor ein anderes Gericht gehöre", also der durch Inkompetenz ratione materiae gegebene Prozeßeinwand, nach Art. 186 vor jeder andern Äußerung (die in Art. 185 bezeichneten Einreden ausgenommen) geltend zu machen [4]).

Weil demnach die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede schon in einer Prozeßlage gegeben war, in der die Einlassung auf die

---

1) Wegen dieser Stelle nimmt Birkmeyer, d. Verh. S. 56 u. N. 151 an, daß Art. 39 eine wirkliche Kompetenznorm statuiere, während er dies bei der ganz ähnlich lautenden Vorschrift der C.P.O. § 39 in Abrede stellt; das Entscheidende ist ihm der Umstand, daß Art. 265 den in der Streiteinlassung liegenden Quasikontrakt hinsichtlich des Gerichtsstandes sanktioniere. — Allein für die Statuierung der Rechtswirkung der Zuständigkeit ist es wohl gleichgiltig, ob der Gesetzgeber den heterogenen Thatbestand als Quasikontrakt bezeichnet, oder, wie der Reichsgesetzgeber, bei dessen Vorliegen einfach Vereinbarung fingiert. — Übrigens könnte man mit gleichem Recht auch von der Reichscivilprozeßordnung behaupten, daß sie noch an einer andern Stelle den Vorgang des § 39 als „Vereinbarung" bezeichnet, daß auch sie dadurch dessen quasikontraktliche Bedeutung sanktioniere, — nämlich in § 40, Abs. 2. § 40, Abs. 2 bezieht sich nämlich nach allgemeiner Annahme ebensowohl auf § 39 als auf § 38. — Darüber unten S. 140 f. 2) I. S. 277. 3) Sie gehört zu den einfach (nicht doppelt) privilegierten Einreden. Barth, Komm. I. S. 482, 2a. 4) Dazu kommt noch bei dieser Wertsinkompetenz eine Präklusivfrist von 8 Tagen zur Zustellung.

Digitized by Google

Hauptsache noch nicht erfolgt war, so lag auch hier die Frage nahe, ob nicht die Vorschrift des Art. 39, der die Fiktion der Vereinbarung doch nur an jenes positive Handeln anknüpft, auf jenen Thatbestand der Präklusion ausgedehnt werden dürfe. Barth[1]) bejaht die Frage. Er lehrt, daß eine stillschweigende Vereinbarung vorhanden sei, wenn der Kläger vor dem unzuständigen Gericht Klage gestellt und der Beklagte darauf thätig geworden, ohne rechtzeitig die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes vorzuschützen. — Dagegen hebt Schmitt[2]) meines Erachtens zutreffend hervor, daß die Bestimmung des Art. 39 das Eigene habe, daß nicht schon die Unterlassung der Inkompetenzeinrede, sondern erst die hiemit verbundene Streiteinlassung die Kompetenz begründe. —

Ferner fragt es sich, ob es auch im bayerischen Civilprozeßrecht gegenüber der Fiktion des Art. 39 keine spätere Geltendmachung der unverschuldet versäumten Einrede durch eine Art in integrum restitutio gebe. Nur daß sich diese Frage hier leichter als im geltenden Recht löste. Die bayerische Prozeßordnung in Art. 184 Abs. 2 kennt nämlich überhaupt nur für neuentstandene oder von Amtswegen zu berücksichtigende Prozeßeinreden die Möglichkeit einer Nachholung. Nun kann aber die Einrede der Unzuständigkeit wegen der in Art. 179, Abs. 1 Ziff. 2 an die Zustellung der Klage geknüpften perpetuatio fori[3]) überhaupt nicht nach der Zustellung, also auch nicht nach dem Streitbeginn neu entstehen.

Eine Milderung der Fiktion des Art. 39 haben wir nach dem Obigen darin zu erblicken, daß gemäß Art. 39 Abs. 2 der unzuständige Einzelrichter die Parteien vor der Verhandlung zur Hauptsache auf seine Unzuständigkeit aufmerksam zu machen hat. Das geltende Recht statuirt diese Vorschrift nur für den sachlich unzuständigen Amtsrichter. Und wird dieses Gebot unserer Prozeßordnung vom Amtsrichter verletzt, so vollzieht sich gleichwohl die „stillschweigende Vereinbarung" durch Streiteinlassung[4]).

---

1) Kommentar I. S. 258 III. 2) Der bayerische Civilprozeß II. S. 63.

3) Wohl mit Unrecht versteht Schmitt, d. b. Civilprozeß I. S. 245, Abs. 2 den Wortlaut des Art. 179 Abs. 1 nur von der Territorialkompetenz; die richtige Auslegung bei Barth, Komm. I. S. 468, und Wernz, Komm. I. S. 187. 4) Hiefür Gaupp, Komm. II. S. 464 II. Petersen, Komm. (1. Aufl.) II. S. 317; Struckmann-Koch, Bem. 2 Abs. 2 zu § 465 (S. 501 in der 4. Aufl.); Seuffert, Bem. 2 zu § 465, S. 533; — Löning, „die Widerklage" in der Ztschr. IV. S. 106 Nr. 137.

Digitized by Google

Wir müssen diese Folge annehmen, da sie vom Gesetz nirgends abgelehnt wird, obwohl der gesetzgeberische Zweck[1]) der Vorschrift des § 465, Abs. 2 der ist, der Erschleichung der Prorogation gegenüber Rechtsunkundigen vorzubeugen; aber das Verfahren kann wegen Verletzung einer Prozedurvorschrift, nicht wegen Unzuständigkeit mit der Berufung angefochten werden[2]).

Anders nach der bayerischen Prozeßordnung: hier ist die prozessuale Prorogation im Sinne unseres § 39 im Verfahren vor dem Einzelrichter ausgeschlossen, indem derselbe die Parteien über seine Unzuständigkeit zu belehren hat. An die Verletzung der Vorschrift knüpft sich die Folge der Nichtigkeit des Verfahrens — arg. art. 788 Ziff. 2[3]).

Nach Erörterung der wichtigsten Prozeßordnungen sind wir wiederum beim geltenden Recht angelangt. Auch dieses enthält zwei innig zusammenhängende Vorschriften in Bezug auf die Unzuständigkeitseinrede in prorogierbaren Fällen: die Präklusionsnorm und daneben den vielumstrittenen § 39. — Bevor nun die Erörterung des letzteren begonnen werden kann, ist die Präklusionsnorm des geltenden Rechtes zu behandeln.

§ 4. Die Präklusionsvorschrift der C.P.O.

Nach der Reichscivilprozeßordnung gehört die Unzuständigkeitseinrede zu den sechs prozeßhindernden Einreden des § 247; auf Grund derselben kann der Beklagte im landgerichtlichen Verfahren die Einlassung zur Hauptsache verweigern, worauf dann über dieselbe gesondert verhandelt und durch Urteil entschieden wird[4]). — Die Einrede ist rechtzeitig[5]), d. h. immer vor Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache, im Anwaltsprozeß überdies gleichzeitig[6]), d. h. mit den etwaigen andern Prozeßeinreden zusammen vorzubringen, widrigenfalls sie präkludiert ist. — Hiebei sind nun folgende Punkte hervorzuheben, deren Erörterung ebensowohl zur Auslegung des § 39 als der Präklusionsnorm gehört.

1) Um den rigor praeclusionis zu mildern, ist auch die spätere

---

1) Hierüber Hahn, Motive II. 1, S. 688. 2) Birkmeyer in der Ztschr. VII. S. 486/7 N. 432. 3) Schmitt I. S. 315; Wernz I. S. 76, dazu II. S. 655. 4) Arg. § 248, Abs. 1; dagegen § 465, Abs. 3. 5) Arg. §. 247, Abs. 1 vbd. § 208; § 465, Abs. 1. 6) § 247, Abs. 1 vbd. § 208.

Digitized by Google

Geltendmachung der Prozeßeinreden gestattet für den Fall, daß ihre unverschuldete Versäumung glaubhaft gemacht wird [1]). Ob aber eine spätere Geltendmachung auch der Unzuständigkeitseinrede auf Grund dieser Bestimmung statthaft ist, kann erst bei der Auslegung des § 39 erörtert werden [2]).

2) Präklusionsmoment ist der „Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache". Liegt dieser auch in dem beklagtischen Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils? Weil man diese Frage vielfach [3]) bei der Auslegung des § 39 behandelt hat, sehe ich mich zur Bemerkung veranlaßt, daß ich meinerseits die Frage bejahe. Dies deshalb, weil in dem fraglichen Antrag zugleich ein Hinweis auf die prozessuale Sachlage, mithin eine Begründung desselben liegt [4]). — Im Übrigen braucht der Begriff der „mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache" nicht des Näheren hier entwickelt zu werden [5]); dies ist vielmehr Aufgabe einer Monographie über die litiscontestatio oder eines Systems des Prozeßrechts.

3) Außer der Vorschrift des rechtzeitigen Vorbringens der Prozeßeinreden bedarf aber auch die des gleichzeitigen Vorbringens genauer Erörterung. Wenn dem Beklagten mehrere Prozeßeinreden zu Gebote stehen, hat er dieselben unter einander zu verbinden. Hierin ist also die das gemeine Recht beherrschende, von dem modernen Prozeßrecht verlassene Eventualmaxime durchgeführt, ob freilich als präkludierende Eventualmaxime, wie es Wach [6]) zutreffend genannt hat, ist bestritten, aber doch mit der weitaus überwiegenden Meinung zu bejahen.

Weil § 247, Abs. 3 den Rechtsnachteil der Präklusion zunächst nur an die Streiteinlassung knüpft, wird von Petersen [7]), Seuffert [8]), v. Sarwey [9]) und Osterloh [10]) angenommen, das nicht

---

1) Arg. § 247, Abs. 3. 2) Darüber unten in § 7. 3) So Struckmann-Koch, Kommentar S. 35; Gaupp, Komm. II. S. 183; Schneider im Arch. 64, S. 421. 4) Gleicher Ansicht insbes. Birkmeyer, Arch. 66, S. 42. — Mit gleichem Resultat, aber abweichender Begründung: Petersen, Komm. (2. Aufl.) I. S. 504, 516; Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts S. 124 f. — Anderer Meinung Struckmann-Koch und Gaupp in den bereits angeführten Stellen. 5) Cf. Wach, Handbuch I. S. 509 ε.

6) Beiträge, Bd. 24, S. 727, N. 28; ähnlich Hellmann, Lehrbuch S. 426; unter diesem Gesichtspunkt auch Planck, Lehrbuch I. S. 502. 7) An den noch anzuführenden Stellen. 8) Kommentar zu § 247, Nr. 3. 9) Kommentar Bd. I. S. 370 N. 3. 10) Ztschr. III. „Die Lehre von den prozeßhindernden Einreden" S. 43—103; insbes. S. 58.

Digitized by Google

gleichzeitige Vorbringen verstoße zwar gegen § 247, Abs. 1, aber der Nachteil der Präklusion knüpfe sich daran noch nicht.

Von diesen wird angenommen, man dürfe die Wirkung der Präklusion nur an die Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache anknüpfen, weil sie § 247, Abs. 3 nur für diesen Fall androhe: dieses Argument findet sich vorzugsweise bei Petersen[1]). Allein da es gegenüber dem klaren Gesetzesbefehl „sind vorzubringen" doch mißlich erschien, für die Verletzung dieser Vorschrift keinerlei Rechtsnachteil anzunehmen, so behaupten die Vertreter der hier bekämpften Ansicht[2]): es ziehe das nichtgleichzeitige Vorbringen den Rechtsnachteil nach sich, daß nunmehr die Verhandlung zur Hauptsache nicht länger verweigert werden dürfe. Hiefür spreche aber auch der Geist des Gesetzes; Zweck der Vorschrift sei nach den Motiven, daß einer Verschleppung vorgebeugt werden soll und hiezu reiche der Wegfall des Weigerungsrechtes vollkommen aus: es sei also anzunehmen, daß durch die Verletzung der Vorschrift des gleichzeitigen Vorbringens der prozeßhindernden Einrede diese nur ihr in § 248 sanktioniertes Privileg, von der Einlassung zu befreien, verliere, nicht aber, daß sie überhaupt zu präkludieren sei. Da derartige im Gesetz statuierte Rechtsnachteile strikte zu interpretieren seien, könne die Vorschrift des § 247 Abs. 3 nicht anders verstanden werden, als daß in dem einen Fall nur die prozeßhindernde Wirkung, durch die Streiteinlassung erst die Einrede selbst präkludiert werde. Endlich hat auch Osterloh das Moment geltend gemacht, daß die Androhung des § 247, Abs. 3 auch als Ausnahme der allgemeinen Regel des § 251 „Angriffs- und Verteidigungsmittel können bis zum Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, vorgebracht werden" — strikte zu interpretieren sei.

Der letzte Beweisgrund ist wohl der schwächste. Der Grundsatz des § 251 ist eben bezüglich der prozeßhindernden Einreden überhaupt verlassen, sobald nur ein früherer Präklusionsmoment statuiert ist; für dieselben ist also die Eventualmaxime aufgestellt, ob mehr oder weniger streng, das kann aus der sonstigen Regel wahrlich nicht abgeleitet werden.

Des Weitern kommen aber gegen die vorgetragene Ansicht[3])

---

1) Kommentar zu § 247, S. 415 f.; ebenso zu § 39, S. 66, 4, sub 2; ferner Ztschr. II. S. 176. 2) Petersen, Ztschr. II. S. 176 f.; ebenda Bd. III. S. 210 f. 3) Gegen dieselbe erklärten sich: vor allem Bolgiano, Ztschr. I.

Digitized by Google

folgende durchschlagende Bedenken in Betracht: 1) ihre Annahme würde den gewünschten praktischen Zweck nicht erreichen lassen; 2) sie macht in Bezug auf die Rechtsnachteile bei nichtgleichzeitigem Vorbringen einerseits, nichtrechtzeitigem andrerseits eine Unterscheidung, für welche das Gesetz nicht den geringsten Anhalt bietet; endlich 3) verstößt sie gegen klare Gesetzesbestimmungen.

ad 1). Das Gebot, alle prozeßhindernden Einreden gleichzeitig vorzubringen, ist, wie auch die Motive bezeugen[1]), in der Absicht statuiert, einer Prozeßverschleppung wirksam vorzubeugen. Diese Absicht wird doch am besten dann erreicht, wenn nur ein einmaliges Vorverfahren in der Weise statthaft ist, daß der Beklagte alle Prozeßrügen, die er geltend machen kann, auch gleichzeitig vorbringt. Nun wird allerdings gegen dieses aus der ratio legis hervorgehende Beweismoment von Petersen geantwortet: wenn nur ein einziges Vorverfahren der Intention des Gesetzes entspreche und daran sich unmittelbar das Hauptverfahren anschließen soll, so werde dem Genüge gethan, wenn bei nicht gleichzeitig vorgebrachten Prozeßeinreden die Befugnis des Beklagten, gesonderte Verhandlung über die Dilatorien zu verlangen, erlösche und er ihre Geltendmachung mit einer eventuellen Einlassung verbinden müsse. Nach Petersen entspräche also dem Geist des Gesetzes: eine einmalige Verhandlung nur über prozeßhindernde Einreden als Vorverfahren, und dann eine Verhandlung über prozeßhindernde Einreden und merita causae zusammen als Hauptverfahren. Allein Bolgiano und Gaupp haben mit Recht darauf hingewiesen, daß nur durch Präklusion der nicht gleichzeitig geltend gemachten Einrede eine Prozeßverschleppung vermieden würde; daß dieser vom Gesetzgeber angestrebte praktische Vorteil der Vorschrift illusorisch würde, wenn im zweiten Verhandlungstermin die prozeßhindernden Einreden neuerdings vorgebracht werden dürften in der Eigenschaft und mit der Wirkung gemeindilatorischer

---

S. 54; II. 525 und III. S. 499; Struckmann-Koch zu § 247 N. 2, S. 222 (3. Aufl.); Hellmann, Komm. II. S. 52; Lehrb. S. 426 f.; v. Bülow, Komm. zu § 247 Nr. 1. Gaupp, Komm. zu § 247 Nr. III. S. 60 f. 2 Bd. Fitting, Arch. 63, S. 228; Ztschr. VI. S. 298 f. Wach, Beitr. 24, S. 727, Handbuch I. S. 508 f am Eing. — Wilmowski-Levy, Komm. zu § 247 Nr. 2. Birkmeyer, Ztschr. VII. S. 448. Endemann, Bem. II. und III. zu § 247 Bd. II. S. 42; — Kleiner, Komm. II. S. 67 f. — Planck, Lehrbuch I. S. 91 Text zu N. 24.

1) Hahn, Die ges. Mat. II. 1, S. 265.

Digitized by Google

Einwendungen. Und in der That: wenn auch unter eventueller Streiteinlassung vorgebracht, müßten die nachgeschleppten Prozeßeinreden, weil überhaupt noch statthaft, doch vom Gericht berücksichtigt werden, würden also jedenfalls einen neuen Aufschub der Sachentscheidung verursachen. —

Dazu kommt, daß die hier bekämpfte Ansicht, es seien die prozeßhindernden Einreden erst durch die mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache präkludiert, in konsequenter Durchführung auch deren vereinzelnte, d. h. ohne eventuelle l. c. erfolgende Geltendmachung gestatten muß; daß sie also zu einer Ausdehnung des Vorverfahrens führen würde, die ganz dem Zweck der Vorschrift widersprechen würde.

ad 2). Gänzlich unberechtigt ist nämlich die Unterscheidung, daß durch nichtgleichzeitiges Vorbringen zwar der nachgeschleppten Einrede das Privileg einer prozeßhindernden, durch bloßes Vorschützen von der Einlassung befreienden verloren gehe, die rechtliche Wirkung ihrer Gattung aber verbleibe. — Allerdings hat jede prozeßhindernde Einrede des § 247 zwei besondere Eigenschaften; erstlich befreit sie, wenn begründet, von der Einlassung, dann ihr bloßes Vorbringen von der Verbindlichkeit zur Antwort, d. h. sie berechtigt zur Beantragung gesonderter Verhandlung. Allein da das Gesetz bei Statuierung der Präklusion nirgends von beiden Eigenschaften die gemeindilatorische Eigenschaft trennt, so muß die Ansicht, daß sich das Präjudiz des § 247 nur auf das Privilegium beziehe, die Einlassung zu weigern, als unhaltbar erscheinen. Wo immer das Gesetz für irgend ein prozessuales Verteidigungsmittel eine Präklusivfrist setzt, kann es sich, wenn nichts weiter bestimmt ist, nur um den Verlust desselben, nicht bloß um den Verlust einer bestimmten als Privileg erscheinenden Eigenschaft handeln. Mit Recht sagt Bolgiano[1]), „daß die gesonderte Verhandlung prozeßhindernder Einreden (§ 248) etwas völlig verschiedenes ist von der Vorschrift über deren Vorbringen". — Demnach ist diese Unterscheidung hinfällig. Sie ist überhaupt nur aufgestellt, um gegenüber dem peremtorischen Wortlaut des Gesetzes, der zur Annahme irgend eines Rechtsnachteiles drängt, statt des Verlustes der Einrede selbst einen andern Präklusionsnachteil zu bieten[2]); allein dies ist unstatthaft, weil die vermeintliche Folge nirgends im Gesetz ausgesprochen ist.

---

1) Ztschr. II. S. 528. 2) Dies hat sehr richtig Hellmann hervorgehoben, wenn er im Lehrbuch a. a. O. bemerkt: „Dazu kommt, daß die von den

Digitized by Google

ad 3). Die entscheidende Frage ist endlich die: „Ist die Vorschrift gleichzeitigen Vorbringens eine lex imperfecta, oder nicht? Ist letzteres der Fall, dann muß nach dem Gesagten gänzliche Präklusion eintreten; ist ersteres der Fall, dann trifft den Beklagten gar kein Nachteil, auch nicht jene Entziehung der Befugnis, die gesonderte Verhandlung zu beantragen; dann hat aber der Gesetzgeber den Zweck, den er durch § 247 auch nach der gegnerischen Ansicht erreichen wollte, gänzlich verfehlt.

Indessen haben wir nicht den geringsten Grund, eine lex imperfecta anzunehmen. Unzweifelhaft ist nämlich mit der Vorschrift gleichzeitigen Vorbringens ebensowohl eine bestimmte Frist bezeichnet, wie mit dem Gebot, sie vor der l. c. geltend zu machen; für den Beklagten z. B., der die Einrede der Unzuständigkeit und die der Rechtshängigkeit hat, bedeutet erstere Vorschrift dies, daß er in demselben Vortrag den einen Einwand unmittelbar nach dem andern erhebe. Wer aber zugibt, daß in der Vorschrift gleichzeitigen Vorbringens indirekt eine Präklusivfrist enthalten ist, der hat sich meines Erachtens bereits für die richtige Ansicht entschieden. — Denn wo immer eine bestimmte Frist gesetzt ist, da ist Versäumung der betreffenden Prozeßhandlung möglich, da greift, ohne bei jeder einzelnen Fristsetzung besonders angedroht zu sein, „die allgemeine Folge" ein, daß die Partei nach Eintritt der Frist „mit der vorzunehmenden Handlung ausgeschlossen wird". — Diese in § 208 statuierte Versäumungsfolge [1]) greift also auch bei der Vorschrift gleichzeitigen Vorbringens der Prozeßeinreden Platz. Hier um so gewisser, als der Gesetzesbefehl, wie Bolgiano hervorhebt, nicht, wie andere Vorschriften, bloß instruktionell lautet, sondern in dem kategorischem „sind vorzubringen" abgefaßt ist. — Dieser durchschlagenden Deduktion gegenüber kann man sich auch nicht auf § 247 Abs. 3 insofern berufen, als dort der Verlust der prozeßhindernden Einreden nur für den Fall angedroht sei, wenn sie nicht vor dem Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache geltend gemacht werden. Wer den 3. Absatz so auslegt, der verkennt eben

---

Gegnern an die Ungleichzeitigkeit des Vorbringens geknüpfte Wirkung des Verlustes der Berechtigung zu gesonderter Verhandlung im Gesetz ebenfalls nirgends ausgedrückt ist, aber auch von den Gegnern aus der angeführten Fassung des gesetzlichen Gebots abgeleitet werden muß". —

1) Auf dieses Argument hat insbesondere auch Fitting Arch. 63 S. 228, Ztschr. VI. S. 299 N. 77 hingewiesen. —

Digitized by Google

dessen Stellung zum Abs. 1, der vergißt, welchen Einfluß von vornherein § 208 auf jede Vorschrift, wie die des § 247, Abs. 1 ist, haben muß. Wenn nämlich § 247 in seinem ersten Absatz rechtzeitiges und gleichzeitiges Vorbringen befiehlt, so war es durchaus nicht mehr notwendig, Ausschließung anzudrohen; diese versteht sich vielmehr nach § 208 von selbst[1]). Der dritte Absatz kann also nur den Zweck haben, die Ausnahmsfälle zu bestimmen, in denen trotz nicht rechtzeitigen Vorbringens, d. h. auch nach der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache eine Geltendmachung der Einrede gestattet sein soll[2]). Natürlich sind alle Fälle nichtrechtzeitigen Vorbringens zugleich Fälle des nichtgleichzeitigen Vorbringens. Demnach steht letzteres, wie unter der allgemeinen Regel der Präklusion so auch unter der im Abs. 3 statuierten Ausnahme der „Restitution".

Für die Ansicht, daß das nichtgleichzeitige Vorbringen noch nicht die Präklusion der nachgeschleppten Einrede herbeiführe, ist endlich noch folgendes Argument geltend gemacht worden. „Nach § 39 gehe das Recht, die Unzuständigkeit zu rügen, erst mit der Einlassung zur Hauptsache, also nicht durch Vorbringen anderer prozeßhindernder Einreden verloren"[3]). — Das führt uns zugleich unserm eigentlichen Gegenstand, der Auslegung des § 39 näher. Für die entgegengesetzte Ansicht ist freilich dieses Argument nicht schlüssig. — Einmal würde dasselbe, nachdem es hinsichtlich der pro-

---

1) Bolgiano bei Grünhut Bd. 12, S. 596 N. *: „Nicht aus Abs. 3, der von der Vorbringung der prozeßhindernden Einreden nach der l. c. spricht, geht das hervor, sondern aus Abs. 1, welcher auch die **gleichzeitige** Vorbringung jener Einreden vorschreibt". — 2) Hellmann sagt (a. a. O.): „§ 247, Abs. 3 will überhaupt nicht die Voraussetzungen des Verlustes festsetzen, sondern im Gegenteil die Ausnahmsfälle definieren, in welchen trotz Außerachtlassung rechtzeitigen und gleichzeitigen Vorbringens Verlust nicht eintrete." —

3) So Seuffert, Kommentar zu § 247, Bem. 3, S. 301 (3. Aufl.). Gegen denselben zutreffend Hellmann, Lehrbuch S. 427. Nicht richtig ist aber die Behauptung von Hellmann, daß die Ansicht Seuffert's auch die Renaud's sei. Renaud sagt nämlich an der betreffenden Stelle (Ztschr. V. S. 49 § 16) nicht, daß der Beklagte, der nur andere prozeßhindernde Einreden geltend mache, ohne zur Hauptsache zu verhandeln, die Einrede der Unzuständigkeit noch nicht verwirkt habe. Er nimmt vielmehr an, daß § 39 einerseits noch nicht zutreffe, andrerseits das Gericht immer noch seine Kompetenz zu prüfen habe. Ersteres halte ich für richtig; die Prorogation des § 39 ist in dem gedachten Fall noch nicht eingetreten. —

Digitized by Google

zeßhindernden Einreden im Allgemeinen bereits nachgewiesen ist, unser Resultat nur für eine derselben, nämlich die Unzuständigkeitseinrede umstoßen. Außerdem kommt dagegen Folgendes in Betracht, was für die Auslegung des § 39 von vornherein festgestellt werden muß.

Wer annimmt, daß aus § 39 sich die Entscheidung dieser Frage irgendwie ergebe, muß annehmen, daß derselbe die Präklusionsnorm überhaupt ergänzen oder doch für die Unzuständigkeitseinrede eine besondere Vorschrift aufstellen will. Dies kann nach der dem § 39 gegebenen Stellung und Fassung nicht sein Inhalt sein. Überdies steht, da die Unzuständigkeitseinrede unter den prozeßhindernden Einreden der §§ 247 f. 465, Abs. 1 genannt ist, außer allem Zweifel, daß die dort aufgestellte Präklusionsnorm, wie für alle übrigen, so auch für die exceptio fori gilt. Demnach können nur diese Gesetzesstellen den Gebrauch und die Präklusion dieser Einrede normieren, keine andere Gesetzesstelle, auch nicht § 39. Jedenfalls ergänzt er die Präklusionsnorm nicht direkt. Das heißt, weil und insoweit § 39 eine Kompetenznorm ist (oder doch einer solchen gleichsteht), muß sich allerdings auch aus demselben ergeben, wann der Beklagte keine Einrede mehr hat, weil sie immer dann gegenstandslos wird, sobald ein Kompetenzgrund vorliegt. Aber nur das Letztere kann § 39 normieren. Wann die Unzuständigkeitseinrede präkludiert ist, das ergibt sich lediglich aus § 247. Nach demselben ist sie aber präkludiert, wenn der Beklagte andere prozeßhindernde Einreden vorgebracht, aber noch nicht zur Hauptsache verhandelt hat, präkludiert ist sie vor allem, — im Anwalts- wie im Parteiprozeß — wenn der Beklagte zur Hauptsache vorbehaltlos verhandelt hat; und daraus — wir treten hiemit an die Erörterung des § 39 heran — ergibt sich von selbst, daß dieser in engem Zusammenhang mit der Präklusionsvorschrift des geltenden Rechts steht.

§ 39 lautet nämlich: „Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat". —

Blicken wir von dem Zusammenhang, in welchem wir zu § 39 gelangt sind, hinweg zu dem, in welchem er in die Kompetenzordnung eingereiht ist, so entsteht zunächst die Vermutung, es handle sich in der That, wie man behauptet hat[1]), um einen besondern Fall

1) So eine viel zitierte Äußerung in den Motiven (bei Hahn II. 1, S. 162): „In § 39 wird ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung

Digitized by Google

stillschweigender Vereinbarung. Demnach würde in § 39 aus demselben Grund, wie in § 38 Kompetenz statuiert, und beide Normen würden demselben Prinzip, dem Vereinbarungsprinzip entspringen.

Allein dagegen kommt in Betracht, daß die Streiteinlassung ohne Bemängelung der Zuständigkeit auch aus Irrtum über die Kompetenzverhältnisse erfolgen kann. Nun ist aber eine Vereinbarung, wie schon oben [1]) hervorgehoben wurde, begrifflich ausgeschlossen, wenn Kläger und Beklagter oder auch nur einer von beiden das Gericht irrtümlicher Weise für zuständig hielt. Und da es bei solchem Irrtum keine spätere Geltendmachung desselben gibt, — denn jegliche Kompetenzbemängelung, also auch der Nachweis fehlenden Vereinbarungswillen ist durch § 247 ausgeschlossen — so gelangt man zu dem Schluß, daß § 39, wenn auch eine Vereinbarung annehmend, doch ohne alle Rücksicht auf deren Vorliegen oder Fehlen, also ohne Rücksicht auf den Kompetenzgrund des § 38 Kompetenz statuiert.

Diesem klaren Ergebnis wird man sich schwerlich verschließen können [2]). Zwar hat Francke behauptet [3]), § 39 enthalte lediglich eine zur Vermeidung von Irrtümern gebotene Feststellung einer Wirklichkeit, der Thatbestand des § 39, Klageerhebung seitens des Klägers und vorbehaltlose Einlassung seitens des Beklagten seien die stärksten und geschäftsmäßigsten Erklärungen des Prorogationswillens; denn durch diese beiden Prozeßhandlungen seien Kläger und Beklagter auf Grund des §. 243 Abs. 1 bezw. § 247 an das Gericht gebunden. Allein dabei wird übersehen, daß eine Rechtswirkung, wie hier die der beiderseitigen Gebundenheit an das Gericht auch eintreten kann, ohne von den Parteien gewollt zu sein [4]). Man verdeckt in der That nur die wirklich vorliegende gesetzliche Fiktion durch eine neue, wissenschaftliche, wenn man die in § 39 ausgespro-

---

hervorgehoben". — Allein von Amsberg (Arch. 65, S. 91) gibt selbst zu, daß die Annahme „stillschweigender Vereinbarung" eine Fiktion sei. —

1) S. 73. 2) Es würde zu weit führen, das Verzeichnis aller Schriftsteller anzuführen, die jetzt die Fiktion an § 39 zugeben; von den Kommentatoren insbesondere Seuffert, Bem. zu § 39, S. 46. Zuerst hat die Fiktion ausdrücklich betont Bülow, Arch. 62, S. 41—47. 3) Ztschr. V. S. 463—475; — Unrichtig ist auch dessen Behauptung S. 466 ff., daß schon die Römer eine Norm, entsprechend dem § 39, gehabt haben. Dagegen und gegen Francke's Ausführungen überhaupt Fitting, Ztschr. VI. S. 281—289.

4) Ein ähnlicher Irrtum bei Leonhard, Ztschr. IV. S. 413.

Digitized by Google

chene Rechtswirkung auf den Willen der Parteien, statt auf den Gesetzeswillen zurückführt[1]).

Überdies gibt das Gesetz selbst zu, daß die in § 39 statuierte Wirkung eintrete, ohne Rücksicht auf den Unterwerfungswillen der Parteien. Denn einerseits befiehlt es nur die Annahme einer Vereinbarung, andererseits schließt es — jedenfalls bei unverschuldeter Nichtgeltendmachung der Inkompetenz, — durch § 247 den Beweis aus, daß es an dem Unterwerfungswillen gefehlt habe.

Wenn demnach die Vorschrift des § 39 nicht auf das Vereinbarungsprinzip zurückgeführt werden kann, — auf welches der äußerliche Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen zunächst verweisen würde, — so dürfen wir wohl zu dem Zusammenhang zurückkehren, in welchem wir zu § 39 gelangt sind.

§ 247 schließt die Unzuständigkeitseinrede von der litiscontestatio ab aus; § 39 schreibt überdies vor, von diesem Moment an eine Vereinbarung über die Zuständigkeit anzunehmen, d. h. die Rechtswirkung einer Vereinbarung auf diesen Thatbestand zu übertragen. Was liegt da näher als die Annahme, daß diese letztere Vorschrift wegen der erstern erlassen sei, daß also § 39 auf dem Präklusionsprinzip beruhe?

Jedenfalls muß man, wenn man den Vereinbarungsthatbestand an § 39 für unwesentlich erklärt, zugeben, daß die dort statuierte Rechtswirkung aus einem andern Grund normirt sein muß; und dabei wird man kaum einen andern finden, als die mit dem Thatbestand vorbehaltloser Streiteinlassung gegebene Präklusion der Unzuständigkeitseinrede. Insofern sind wohl alle Schriftsteller, die mit der Vorstellung, es liege in jeder Streiteinlassung eine Gerichtsstandsvereinbarung, gebrochen haben, Anhänger der Präklusionstheorie.

Aber von diesem einigenden Punkt weg laufen weit auseinander die verschiedenen über § 39 aufgestellten Ansichten. Wenn man darüber einverstanden ist, daß der Reichsgesetzgeber, wie die neuern Prozeßordnungen überhaupt, durch eine besondere Norm den Kompetenzpunkt von einem bestimmten Prozeßstadium an als definitiv geregelt erklärt[2]), so sind doch noch Meinungsdifferenzen darüber mög-

---

1) Cf. Birkmeyer, Ztschr. V. S. 148. — Da § 39 nach dem im Text Gesagten keine Präsumtion, sondern eine Fiktion ist, so ist auch das „stillschweigende" überflüssig; so mit Recht Bülow, Arch. 62, S. 46 N. 44; Seuffert, Komm. zu § 39, Bem. 2; Fitting, Ztschr. VI. S. 354. 2) Dies wird als

Digitized by Google

lich, in welcher Form er dies thue und welches jenes Prozeßstadium sei, welcher Thatbestand an demselben wesentlich, welches Moment genügend sei.

Damit habe ich jene drei Probleme bezeichnet, deren Lösung hier zu versuchen ist: 1) die Frage, ob die in § 39 aufgestellte Vorschrift eine Kompetenzregel ist, oder nur, ähnlich einer solchen, den Richter zu einer rechtsgiltigen und unanfechtbaren Judikatur ermächtigen soll, 2) die Frage, ob diese Norm mittels des argumentum a contrario ausgelegt werden darf, endlich 3) die Frage, ob die Beschränkung der Präklusionsnorm durch § 247, Abs. 3 auf die Norm des § 39 angewendet werden muß.

Hinsichtlich der Reihenfolge, in der sich die Behandlung dieser Probleme abwickeln solle, schien mir folgende Erwägung maßgebend.

Im Voraus normierte Thatbestände einerseits, der darauf gerichtete Wille beider Parteien andrerseits, sind die Kompetenzgründe, bilden die Kompetenzordnung des geltenden Rechts. Wo einer dieser Kompetenzgründe vorliegt, da verleiht der Gesetzgeber Zuständigkeit, und ermächtigt damit das betreffende Gericht zu einer unanfechtbaren Prozedur in der Sache. Aber diese Ermächtigung jedenfalls stellt der Gesetzgeber auch dann immer aus, wenn nur beim Mangel jedes weitern Kompetenzgrundes der Thatbestand des § 39 vorliegt. Und schon hierin liegt eine Abweichung von der bisherigen Kompetenzordnung. Erkennt man dies an, so verliert neben der Kontroverse: „inwieweit dieselbe gewollt sei, d. h. welches Moment für diese Norm wesentlich, welcher Thatbestand genügend sei?" — die Frage an Bedeutung, in welcher Form diese Abweichung vorliegt, ob der Gesetzgeber das betreffende Gericht durch eine ausdrückliche Zuständigkeitsverleihung ermächtigte oder die Statuierung der Judikationsbefugnis für genügend hielt. Denn der gesetzgeberische Gedanke bleibt — wenn man nur § 39 mittels des argumentum a contrario auslegt — im Grunde derselbe, ob man nun eine Kompetenznorm annimmt oder nicht. Dagegen greift die Frage eben nach der Zulässigkeit des arg. a contr. viel tiefer; sie ist darum auch zuerst zu erledigen.

---

eigentliche ratio legis insbesondere hervorgehoben von Fitting, Arch. 63, S. 240 oben; Kohler, krit. Vtjschr. Bd. 22, S. 391, 393; Planck, Lehrbuch I. S. 92 oben; Birkmeyer, das Verhältnis, S. 13,34/5; Ztschr. V. S. 163; in seiner Rezension des Wach'schen Handbuchs in der mecklenb. Ztschr. VI. S. 210g; Wach, Handb. I. S. 504.

Digitized by Google

§ 5. Unzulässigkeit der erweiternden Auslegung des § 39.

Der Gesetzgeber konnte das Präklusionsprinzip mit größerer oder geringerer Beschränkung sanktionieren; er konnte die Präklusion als solche, die jedenfalls schon vorliegt, wenn der Beklagte nur andere prozeßhindernde Einreden vorbringt, zum Kompetenzgrund erheben, — oder aber, — und dafür scheint zunächst der Wortlaut des § 39 zu sprechen, — das Präklusionsprinzip nur ausnahmsweise, nur für einen besondern Fall neben dem in § 38 ausgesprochenen Vereinbarungsgedanken zur Kompetenzbegründung verwenden. Wer das zuletzt angedeutete Verhältnis zwischen beiden Bestimmungen annimmt, wird die Zuständigkeitsstatuierung auf den in § 39 ausdrücklich genannten Thatbestand beschränken; die entgegengesetzte Anschauung wird eine erweiternde Auslegung desselben für notwendig halten. Als Thatbestände aber, auf welche die in § 39 normierte Rechtswirkung ausgedehnt werden könnte und in der That von mehreren Schriftstellern ausgedehnt wurde, erscheinen: 1) der Fall, daß die Einrede der Unzuständigkeit durch die Verletzung des Gebotes gleichzeitigen Vorbringens präkludiert ist, andrerseits der Beklagte noch nicht zur Hauptsache mündlich verhandelt hat; 2) der Fall der Versäumnis des Beklagten, sei es wegen der aus § 296, bzw. § 298 zu entnehmenden fingierten Streiteinlassung oder wegen Nichtgeltendmachung der Inkompetenz.

Bevor wir untersuchen, ob diese Thatbestände unter die Vorschrift des § 39 subsumiert werden dürfen, ist noch auf folgenden Punkt hinzuweisen.

Es galt oben, die Selbständigkeit des § 247 gegenüber § 39 zu wahren und zu betonen, daß die Präklusionsvorschrift, auch die für die Unzuständigkeitseinrede, nur in § 247 enthalten sein kann. Hier umgekehrt ist daran zu erinnern, daß auch ihrerseits die Kompetenzvorschrift nur in § 39, nicht in § 247 gegeben ist. Letzterer nämlich hat weder nach seiner Stellung noch nach seinem Wortlaut mit der Kompetenzbegründung irgend etwas zu schaffen, wie das Bülow behauptet hat[1]).

---

1) A. a. O. „Da § 247 das bloße Schweigen des Beklagten, ohne Rücksicht auf die zu grunde liegende Prorogationsabsicht kompetenzbegründend wirken läßt, so ist es auch unmöglich, den § 39 anders zu verstehen, als daß hier ebenfalls das Nichtgeltendmachen der Inkompetenz die Rechtswirkung der Kom-

Digitized by Google

Demnach ist zwar denkbar, daß § 39 unter Heranziehung einer anderen Norm, also insbesondere des § 247, erweiternd auszulegen ist, aber auch in diesem Fall ist die Kompetenzvorschrift lediglich § 39; denn dann hat eben dieser eine derartige Fassung, daß dadurch andere Fälle implicite in der Norm subsumiert sind.

Wach und Fitting, — diese nämlich sind die Hauptvertreter einer erweiternden Auslegung des § 39 — sehen die Kompetenznorm allerdings nur in § 39, verlangen aber erweiternde Auslegung derselben unter Heranziehung der Präklusionsvorschrift. Auf ihre Ausführungen ist nunmehr des Nähern einzugehen.

Wach[1]) argumentiert im Wesentlichen folgendermassen: „Wenn „die Unzuständigkeitseinrede durch die Einlassung des Beklagten ausgeschlossen und das Gericht nach § 39 kompetent werde, so sei das „nur Wirkung eines Nichtgebrauchs; die Motive[2]) meinten zwar, „daß das Schweigen des sich einlassenden Beklagten die Vermutung „rechtfertige, er unterwerfe sich freiwillig diesem Gericht. Da aber „diese Auffassung des § 39 als Präsumtion für den Subjektionswillen dem Rechtssatz widerspreche, daß angesichts der Einlassung „der bewiesene Mangel jenes Willens unbeachtet bleibe, da andrerseits der Annahme einer in § 39 statuirten praesumtio juris et de „jure für den Prorogationswillen der Rechtssatz entgegenstehe, daß „der Beweis unverschuldeter Versäumnis der Einrede die Wirkung „der Einlassung entkräfte, so sei in § 39 in einer allerdings nicht

---

petenzbegründung haben soll". Dagegen mit Recht Renaud, Zeitschrift V. S. 17; insbesondere Birkmeyer, d. Verh. S. 20, auch Just, Arch. 68, S. 295, der im Übrigen ein Anhänger der Theorie Bülow's in den praktischen Konsequenzen, wie in der wissenschaftlichen Konstruktion ist. Zu vergl. auch Wach, Handbuch I. S. 504 „§ 39 ist die Gerichtsstandvorschrift".

1) „Das Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes" Arch. 62, S. 373—404; — „Der gewillkürte Gerichtsstand", in den Beiträgen zur Erläuterung d. d. Rechts, Bd. 24, S. 703—730. 2) Cf. jetzt bei Hahn II. 1, S. 162: „Wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, vor einem unzuständigen Gericht zur Hauptsache mündlich verhandelt, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß er sich diesem Gericht freiwillig unterwerfe. Dagegen bestimmt der Entwurf nicht, daß eine stillschweigende Vereinbarung auch dann anzunehmen sei, wenn der Beklagte in dem Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint; denn aus der Thatsache des Nichterscheinens ist eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern, der nicht erschienene Beklagte darf erwarten, daß das unzuständige Gericht die Unzuständigkeit von Amtswegen aussprechen werde".

Digitized by Google

„korrekten Ausdrucksweise [1]) nur der Rechtsgedanke durchgeführt, „daß schon die thatsächliche Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt, „nämlich die Präklusion der Einrede die Kompetenz begründe. Die„ser Gesetzesinhalt dringe durch die von der ältern Auffassung be„herrschte Ausdrucksweise hindurch und ergebe, daß § 39 durchaus „keine singuläre Bestimmung enthalte, sondern nur exemplifiziere". — Eine erweiternde Auslegung, insbesondere die Anwendung der Norm auf den Versäumnisfall sind die Konsequenzen dieser Ansicht.

Hinsichtlich des Versäumnisfalles begründet er seine Ansicht damit, daß die Unzuständigkeitseinrede nicht vom Gericht selbst geltend gemacht werden dürfe, also präkludiert werde.

Gegen diese Argumentation scheint mir Folgendes einwendbar.

1) Wach behauptet, das Gesetz bezeichne den Thatbestand vorbehaltloser Streiteinlassung theoretisierend, aber fälschlich als Vereinbarung. Vor allem muß dies entschieden bestritten werden [2]). Daraus entwickelt er nämlich Folgendes: „Wenn das Gesetz etwas „als Vereinbarung bezeichnet, was keine Vereinbarung ist, sondern „eine bloß thatsächliche Unterwerfung, so dürfen wir nicht mehr die „Requisite wirklicher Vereinbarung verlangen, sondern jener objek„tive, äußere Vorgang ist schon entscheidend, er genügt laut § 39 „als Kompetenzgrund. Nur die falsche Bezeichnung und Konstruk„tion des Gesetzes gehe auf Vereinbarung, der wahre Inhalt des„selben lehre, daß ihm die thatsächliche Unterwerfung genüge" [3]). —

Allein wo nennt denn das Gesetz die in der vorbehaltlosen Streiteinlassung liegende thatsächliche Unterwerfung eine Vereinbarung? Gewiß nicht in § 39. Hier befiehlt es nur die Annahme einer Vereinbarung [4]) und damit wird ja nicht der Glaube an eine Vereinbarung verlangt, sondern eine Rechtswirkung derselben übertragen. Also enthält § 39 keine falsche Konstruktion, sondern ist, wenn anders dem Gesetzgeber das Mittel der Fiktion erlaubt ist, auch vom Standpunkt der Wissenschaft aus nicht anzufechten. —

---

1) Einen ähnlichen Vorwurf erhebt gegen den Gesetzestext Fitting (Arch. 63, S. 251). Dagegen mit Recht Birkmeyer, d. Verh. S. 38 N. 96.

2) Gegen diese Behauptung auch Birkmeyer, d. Verh. S. 4; Renaud in der Ztschr. V. S. 14. 3) Hieher zu vergl. seine an sich sehr zutreffende These: „Wir müssen im Gesetze unterscheiden das, was Rechtssatz ist, ordnender Wille, Norm, und das, was theoretisierend, enunziativ ist". Nur jenes, nicht dieses ist Gesetz u. s. w. 4) Zu vergl. Fitting, Ztschr. VI. S. 293.

Digitized by Google

Ebensowenig nennt § 40 den Thatbestand des § 39 eine Vereinbarung. § 40 begrenzt das Anwendungsgebiet der beiden vorausgehenden Rechtssätze, bezieht sich also, ohne die mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache eine Vereinbarung zu nennen, auf diesen Thatbestand, wie wenn er eine Vereinbarung wäre. Genau dasselbe wie von § 40, Abs. 2 gilt aber auch von der Rubrik des 3. Titels des 1. Buchs: „Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte", — auf welche Bezeichnung Wach das Hauptgewicht zu legen scheint. Wenn aber das Gesetz unter diese Titelüberschrift eine Norm setzt, bei der eine Vereinbarung nur fingiert wird, so bezeichnet es damit nicht einmal indirekt den Thatbestand des § 39 als Vereinbarung; es stellt vielmehr den Rechtssatz, daß die vorbehaltlose Einlassung, wenn mit der Präklusion der Unzuständigkeitseinrede verbunden, Zuständigkeit erzeuge — an diesen als den passendsten Platz, wo vor allem zugleich sein Anwendungsgebiet abgegrenzt ist[1]).

Die Deduktion, welche Wach aus der erwähnten Behauptung entwickelt, muß hinfällig sein, weil diese Behauptung selbst als hinfällig erwiesen wurde. Gerade indem § 39 eine Vereinbarung anzunehmen befiehlt, sagt er deutlich, daß eine wirkliche Vereinbarung nicht vorliegt, und doch in diesem einzelnen Fall Kompetenz, die Wirkung einer Vereinbarung, statuiert werden soll.

2) Die These, daß der Prozeßordnung schon die thatsächliche Unterwerfung, die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede, als kompetenzbegründendes Moment genüge, kann doch nur aus § 39 abgeleitet werden. Denn nur § 39 ist die Kompetenznorm. Zugleich soll diese Gesetzesstelle nur ein besonderes Beispiel der thatsächlichen Unterwerfung geben. Also hätte der Gesetzgeber einen neuen Rechtssatz in der Weise statuiert, daß er nur einen besondern Anwendungsfall desselben bezeichnet? Füglich fragt man da, welcher Anhaltspunkt denn vorliege für diese beispielartige Natur des § 39. Hiefür weiß Wach[2]) außer dem bereits sub 1) widerlegten Argument keinen andern Grund zu nennen, als jene Äußerung der Motive[3]), daß in

---

1) Andere triftige Gründe, den Rechtssatz des § 39 unter die Lehre von der Zuständigkeitsvereinbarung, von der er begrifflich zu trennen ist, zu stellen bei Bland, Lehrbuch I. S. 92, Nr. 25; unten S. 178 f. Zu 2) und 3): Hahn, II. 1, S. 162. „In § 39 wird ein besonderer Fall stillschweigender Vereinbarung hervorgehoben, welcher auch in andern Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen eine spezielle Berücksichtigung gefunden hat". Wach in den Beitr.

Digitized by Google

unserer Gesetzesstelle „ein besonderer Fall stillschweigender Vereinbarung hervorgehoben werde". Aber diese Äußerung ist nicht beweiskräftig. Der Verfasser derselben geht vom Vereinbarungsprinzip aus und von der Annahme, daß § 39 nur eine Präsumtion enthalte. Er geht demnach von einem Standpunkt aus, der in der lex lata durch die Rückwirkung des § 247 ausgeschlossen ist. Mit dieser Äußerung fällt aber auch der darauf gegründete Nachweis von Wach, daß § 39 nach den Intentionen des Gesetzes nur einen Spezialfall nennen wollte.

3) Gegenüber der Anschauung, welche die Norm des § 39 auf dort nicht genannte Thatbestände ausdehnt, ist ferner auch daran festzuhalten, daß § 39 schon als Fiktion nicht erweiternd interpretiert werden darf. Ihrem Begriff nach verlangt die Fiktion einen bestimmten Thatbestand, der einem andern zum Zwecke der Übertragung von Rechtswirkungen gleichgestellt wird. Aber nach der hier bekämpften Ansicht wollte der Gesetzgeber einer Vereinbarung über den Gerichtsstand nicht einen einzelnen, bestimmten, sondern ganz verschiedene Thatbestände gleichstellen, Thatbestände, die nur den Nichtgebrauch der Unzuständigkeitseinrede mit einander gemeinsam haben [1]). Ist nun anzunehmen, daß der Gesetzgeber, der gerade, wo er fingiert, an Äußerliches, Anschauliches anknüpft, anstatt die jedenfalls äußerlich so verschiedenen Thatbestände des Einlassens und des Ausbleibens, des meritorischen und des bloß prozeßverzögerlichen Verhandelns zu nennen, oder alle diese unter einem deckendem Ausdruck zusammenzufassen, nur einen einzelnen dieser Vorgänge namhaft gemacht hätte, wenn er in der That nicht allein den Thatbestand mündlicher Verhandlung zur Hauptsache dem Vorgang des § 38 hätte gleichstellen wollen? — Dazu kommt ein weiteres Bedenken in derselben Richtung, ein Bedenken, welches auch Bolgiano [2]) gegen die von ihm vertretene An-

---

a. a. O. S. 723: „Der § 39 ist keine singuläre Bestimmung. Die Motive nennen seinen Thatbestand ausdrücklich einen „besondern Fall" der stillschweigenden Vereinbarung. Der § 39 exemplifiziert. Damit ist ausgesprochen, daß der Begriff der sog. stillschweigenden Vereinbarung, unter welchen als Spezialfall § 39 untergeordnet ist, bereits in sich aufgenommen hat die thatsächliche, rein objektive Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt".

1) Es bestehen Unterschiede, welche, wie Just, Arch. 68, S. 305 zutreffend bemerkt, erheblich genug sind, schon von vornherein gegen eine vom Gesetz nicht ausdrücklich gutgeheißene, gleichmäßige Behandlung beider Thatbestände Bedenken zu erregen. 2) Cf. N. 1 S. 595 bei Grünhut, Zeitschrift Bd. 12.

Digitized by Google

sicht geäußert hat. Der Gesetzgeber hatte, weil in § 38 vom Konsensprinzip ausgehend, alle Veranlassung, das Gebiet des entgegengesetzten, in § 39 sanktionierten Prinzips genau zu begrenzen, genau die Fälle zu bezeichnen, in denen er trotz mangelnden Vertragswillen Prorogation wollte eintreten lassen. Und daß gerade dieses Argument gegen die reine Präklusionstheorie durchschlage, hat jetzt Wach[1]) selbst anerkannt. Er lehrt neuerdings, daß die in jeder Fiktion an und für sich liegende Gewaltthätigkeit analoger Anwendung widerstrebe. — Daher kann ich auch Birkmeyer[2]) nicht beistimmen, wenn er das argumentum a contrario aus § 39 nur dann für zulässig erklärt, wenn man mit ihm annehme, daß beim Thatbestand vorbehaltloser Streiteinlassung ausnahmsweise ein unzuständiger Richter prozedieren dürfe; denn dann enthalte § 39 ein jus singulare, welches schon als solches strikte Interpretation erheische. — Dagegen muß doch eingewendet werden, daß § 39 auch als Kompetenznorm aufgefaßt, ein von der ganzen übrigen Kompetenzordnung abweichendes, also strikte zu interpretierendes Recht setzt, daß er insbesondere zu dem in § 38 statuierten Konsensprinzip in schroffem Widerspruch steht. —

4) Wurde bisher die Unzulässigkeit einer erweiternden Auslegung des § 39 im Allgemeinen nachgewiesen, so ist zur Befestigung dieses Resultates hinsichtlich beider, oben[3]) genannter Thatbestände im Besondern zu zeigen, daß sie nach den Intentionen des Gesetzes nicht unter die Norm des § 39 fallen können.

Wir beschäftigen uns hiebei zunächst mit dem Versäumnisfall[4]). — Soll derselbe bei einer erweiternden Auslegung des § 39 in Betracht kommen, so muß er ein dem mündlichen Verhandeln zur Hauptsache entsprechendes, bestimmtes Präklusionsmoment aufweisen. Dies geben auch die Vertreter der hier bekämpften Anschauung, insbesondere Wach zu. „Versäumnis tritt nur ein, wenn ein Positives gegeben ist, bis zu dem zu handeln war, wäre dasselbe auch nur der Eintritt eines Zeitpunktes“[5]). Als dieses Präklusionsmoment nennen sie nun den Schluß des Termins zur mündlichen Verhandlung, den Zeitpunkt, in welchem die Versäumnisfolge eintritt. Ja noch mehr: dieser prozessuale Thatbestand soll nicht nur als Präklusionsthatbestand der in § 39 genannten vorbehaltlosen Einlassung und dem von denselben

---

1) Handbuch I. S. 509 f; zu vergl. S. 303 N. 43.. 2) Ztschr. V. S. 133.
3) S. 138. 4) Über den andern Fall cf. unten S. 151. 5) So Wach, Beiträge 24, S. 726 f.

Digitized by Google

Schriftstellern dazugedachten rein prozeßverzögerlichen Verhandeln [1]) entsprechen, es soll vielmehr der Versäumnisfall auch dann unter § 39 subsumiert werden können, wenn man auf das in § 39 genannte „Verhandeln zur Hauptsache" entscheidendes Gewicht legt; denn beim Ausbleiben des Beklagten werde nach § 296, bzw. § 298 eine Verhandlung zur Hauptsache" fingiert. Gerade diese Argumentation ist einer eingehenden Erörterung zu unterziehen.

Vor allem setzt die Fragestellung: „findet § 39 auf jene fingierte, wie auf die wirkliche Streiteinlassung Anwendung?" — die Annahme voraus, daß in § 296 (bzw. § 298) überhaupt die Fiktion der Streiteinlassung aufgestellt ist. Bekanntlich ist dies nicht unbestritten [2]). Keinem Zweifel unterliegt zwar, — weil dies im Gesetz deutlich ausgesprochen — daß § 296 die Fiktion eines Geständnisses statuiere. Aber das Geständnis für sich allein ist kein Verhandeln zur Hauptsache [3]). Ein Verhandeln zur Hauptsache ist erst dann gegeben, wenn in der Sache auch ein Gegenantrag des Beklagten erfolgt. Daß aber auch diese letztere Fiktion in der That vom Gesetzgeber in § 296 implicite statuiert ist, ist auch meine Überzeugung [4]). Das Gesetz geht offenbar von der Annahme aus, daß der Beklagte unter Zugeständnis der vom Kläger vorgebrachten Klagethatsachen den klägerischen Anspruch ganz oder zum Teil bestritten und einen Antrag auf Klagabweisung gestellt. Denn nur gegen den, der so handelt, ist, wenn nicht der Gesetzgeber von seinem in § 279 aufgestellten Prinzip abweicht, das in § 296, Abs. 2 bestimmte Verfahren denkbar. — Nun könnte gefolgert werden, es müsse, was von der wirklichen litiscontestatio gelte, auch von der fingierten gelten, d. h. von jenem Thatbestand, bei dessen Vorhandensein das Gesetz eine Einlassung in bestimmtem Sinne annehme. Man müsse alle Wirkungen der wahren Streiteinlassung auch auf jenen That-

---

1) Cf. Wach, S. 728 cit., Abs. 1 sub VII. 2) Es wird bestritten von Bülow (Arch. 62, S. 11 ff.), Petersen (Ztschr. III. S. 257) und Weismann, Hauptinterv. und Streitgenossenschaft, S. 127, N. 8. 3) Dies wird teilweise übersehen von Fitting, Arch. 63, S. 241. cf. Birkmeyer, Ztschr. V. S. 134 gegen Leonhard, Ztschr. IV. S. 405. 4) Übereinstimmend: Bolgiano, Arch. 68, S. 96 ff. und in Grünhut's Ztschr. 12, S. 601 ff.; Birkmeyer, Arch. 66, S. 24 ff. Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts S. 132 ff.; Wach in Grünhut's Ztschr, 6, S. 520 7, S. 148; Fitting, Ztschr. VI. S. 335.

Digitized by Google

bestand übertragen und demnach könne die in der Versäumnis liegende Prorogation gar nicht zweifelhaft sein.

Es findet sich diese Argumentation, die Kombination der beiden in § 39 und § 296 enthaltenen Fiktionen, vollständig und klar bei Bolgiano [1]), nur ganz beiläufig bei Wach [2]), mit aller Entschiedenheit aber auch bei Fitting [3]). Letzterer Schriftsteller erklärt: „es ergebe sich aus der Fiktion des § 296 der logisch notwendige Schluß, daß beim Nichterscheinen des Beklagten, wie beim mündlichen Verhandeln zur Hauptsache nach § 39 stillschweigende Vereinbarung über die Zuständigkeit anzunehmen sei.“

Birkmeyer [4]) hat gegen diese Argumentation eingewendet, daß man ein solches Verfahren nach Bülows Untersuchungen in wissenschaftlichen Deduktionen nicht mehr riskieren soll, daß dies ein Konstruieren auf durchaus fiktiver, also unwahrer Grundlage sei. Wogegen Fitting auf der Unanfechtbarkeit seiner Schlußfolgerung auch in seiner zweiten Abhandlung [5]) bestehen blieb. Mir scheint nun allerdings die Kombination zweier, an verschiedenen Stellen vorfindlichen Fiktionen zur Auslegung des Gesetzbuches nicht unzulässig zu sein, sie wird eintreten müssen, wo Sinn und Zweck der einzelnen Fiktionen einen solchen Zusammenhalt gestatten. Aber nur dann; und ob dies hier der Fall ist, ist nunmehr zu untersuchen.

Was einmal den § 39 anlangt, so haben wir bisher als wesentlich nachgewiesen sowohl den Thatbestand vorbehaltloser Streiteinlassung als die definitive Präklusion der Unzuständigkeitseinrede. Nun fragt es sich, wie sich diese beiden Momente zu einander verhalten; nur daraus können wir ermessen, ob das gänzliche Schweigen des Beklagten als gleichwertiger Thatbestand aufgefaßt werden kann. Doch der Überzeugung wird man sich nicht verschließen können, daß das gänzliche Schweigen des Beklagten auf die Ladung sich zum Nichtgebrauch des Inkompetenzeinwandes ganz anders verhält, als sich die Streiteinlassung zu demselben Nichtgebrauch verhält. Zwischen dem mündlichen Verhandeln zur Hauptsache und dem Nichtgebrauch der Einrede liegt eine objektive Inkongruenz vor,

---

1) Grünhuts Ztschr. XII. S. 605, 601, Arch. 68, S. 107. 2) Arch. 62, S. 387, Abs. 2 am E.; insb. S. 396. Implicite Beitr. 24, S. 727 am E. 3) Arch. 63, S. 239, insb. S. 241. 4) Das Verh. S. 74; Ztschr. V. S. 133; ähnlich aber auch Kohler, krit. Vjschr. XXII. S. 394. 5) Ztschr. VI. S. 335, N. 120.

Digitized by Google

wie sehr zutreffend Kohler hervorgehoben hat [1]). Der Beklagte hatte einen Prozeßeinwand zu seinen Gunsten, konnte bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt wissen, daß das Gericht inkompetent sei; läßt er sich nun gleichwohl ein, so braucht darin freilich keine Vereinbarung zu liegen, wohl aber handelt er in Bezug auf ein wichtiges Verteidigungsmaterial kulpos, verliert dasselbe und als Konsequenz dessen wird in § 39 Kompetenz statuiert — mit Recht eine besondere Folge der in vielen Beziehungen ihrer frühern Bedeutung entkleideten litiscontestatio. — Wie ganz verschieden liegt die Sache bei dem Beklagten, der nicht erscheint oder doch nicht verhandelt. Zwar läßt sich oft genug auch von ihm nachweisen, daß er um die Unzuständigkeit des Gerichtes gewußt oder sie doch wissen konnte. Allein vielleicht hat er gerade deshalb sich nicht eingelassen; aber auch ganz objektiv betrachtet, betrachtet ohne Rücksicht auf die Motive, hat sein Handeln einen andern Sinn als das Eintreten in die Verhandlung [2]). Ebensowenig liegt jene objektive Inkongruenz, welche im Thatbestand des § 39 wesentlich ist, dann vor, wenn der Beklagte zwar erscheint, aber nicht verhandelt, wie Planck [3]) gegenüber der früheren Auffassung von Wach [4]) hervorgehoben hat. — So widersetzt sich, weil nur die wirkliche Streiteinlassung in jenem eigentümlichen Verhältnis zum Nichtgebrauch der Inkompetenzeinrede steht — § 39 dem Versuch, von dem Erfordernis mündlicher Verhandlung des Beklagten abzusehen. — Ebenso seinerseits § 296. — Zweck der Fiktion des § 296 ist, das Nichtverhandeln, Nichterscheinen dem Verhandeln gleichzustellen in Bezug auf Prozeßbegründung und Prozeßentscheidung. Nichtverhandeln und Gestehen sollen sich decken in ihrer Wirkung unter dem gemeinsamen, entscheidenden Begriff des Nichtbestreitens, dem das die Beweispflicht des Klägers erzeugende Bestreiten gegenüber steht. — Damit ist aber auch angedeutet, inwieweit durch diese Fiktion eine Gleichstellung erfolgen soll. Den Rechtssatz, daß für die Bildung der Urteilsgrundlagen Schweigen und Geständnis des Beklagten von gleichem, den Kläger

---

1) Krit. Vjschr, XXII. S. 394. 2) Insofern richtig Reichsgericht (I. S. 440) „Viel näher liegt vielmehr die Annahme, daß der Beklagte durch sein Nichterscheinen habe zu erkennen geben wollen, daß er eine stillschweigende Vereinbarung nicht habe treffen wollen." — Allein auf Konkludenz für den Unterwerfungswillen kommt es angesichts der Fiktion des § 39 nicht an. — 3) Lehrbuch I. S. 92, N. 29; ähnlich Renaud, Ztschr. V. S. 47. 4) Arch. 62, S. 389.

Digitized by Google

des Beweises überhebenden Einfluß sind, konnte ihn das Gesetz in einer andern, geschweige denn in einer bessern, anschaulicheren Form [1]) zum Ausdruck bringen, als dadurch, daß es ein Geständnis anzunehmen befiehlt? Dürfen wir deshalb annehmen, daß dieser Ausdruck des Gesetzes, der das Ausbleiben der Einlassung gleichstellt, zugleich den Willen des Gesetzes enthalte, in allen Stücken das Ausbleiben der Verhandlung zur Hauptsache gleichzustellen. —

Es widerspricht nach dem Dargelegten dem Geist der einen, wie der andern Vorschrift, die beiden in denselben enthaltenen Fiktionen zu kombinieren. Man entkleide nur beide Gesetzesstellen, um dem Zweck der Fiktion nachzuforschen, der Fiktionsform! Der Satz, welchen Bolgiano [1]) wohl mit Recht in § 296 ausgesprochen sieht: „der Streitbeginn seitens des Beklagten ist nicht erforderlich zur Entscheidung in der Sache selbst, — weil das Ausbleiben oder Schweigen des Beklagten in Bezug auf das vom Kläger sonst zu beweisende Vorbringen als Geständnis gilt", — dieser Satz hat wahrlich mit der Vorschrift, daß Streiteinlassung in prorogierbaren Fällen, wenn unter verschuldetem Nichtgebrauch der Inkompetenzeinrede erfolgt, Zuständigkeit begründe, auch nicht den geringsten Zusammenhang.

Die bisherigen Ausführungen richteten sich gegen die Anwendung des § 39 auf den Versäumnisfall, auf die fingierte Streiteinlassung. Hiegegen ist aber noch ein schwereres Bedenken geltend zu machen, welches vollends für die hier vertretene Anschauung entscheiden muß. Gesetzt der Versäumnisfall würde als Präklusionsthatbestand oder wegen der fingierten litiscontestatio in der That dem in § 39 genannten Vorgang entsprechen, — wie gelangen wir überhaupt zu einer Versäumnis gegenüber dem unzuständigen Gericht? Wie kann der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit verlieren, wenn er der Ladung des inkompetenten Richters nicht Folge leistet, wie kann gegen ihn die Versäumnisfolge realisiert werden, wenn das Gericht nach der Kompetenzordnung über ihn keine Gerichtsgewalt besitzt? —

Daß die Vertreter derjenigen Auffassung, welche die Versäumnis des Beklagten unter die Norm des § 39 subsumiert, diese Frage befriedigend beantworten müssen, hat indirekt Fitting und direkt Wach [3]) anerkannt. Und zwei Lösungen derselben sind denkbar. —

---

1) Bülow, Arch. 62, S. 5 f. 2) Arch. 68, S. 89. 3) A. a. O. S. 728.

Digitized by Google

1) Die eine Erklärung liegt in der Auffassung, die Inkompetenz sei ein bloßes Weigerungs-, Ablehnungsrecht des Beklagten: sie verhindere nicht den Richter, sich mit der Sache zu befassen, sondern berechtige nur den Beklagten, den Richter abzulehnen [1]). — Wäre dem so, dann könnte man allerdings wegen Nichtausübung des Ablehnungsrechtes den Eintritt des säumigen Beklagten in den Prozeß erzwingen, d. h. fingieren. Ebensowohl würde sich dann die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede im Versäumnisfall erklären: sie würde eben aus demselben Grund erfolgen, weshalb im Versäumnisfall die echten, prozeßhindernden Einreden, die in § 247 sub 3, 4 und 5, aufgeführt sind, präkludiert werden: sie werden ausgeschlossen, oder vielmehr einfach unberücksichtigt gelassen, als vom Beklagten selbst zu wahrende Parteirechte [2]).

Allein dieser Auffassung steht der Rechtssatz entgegen, daß die Unzuständigkeit nicht ein bloßes Ablehnungsrecht des Beklagten bedeutet, vielmehr auch ein Verbot für den Richter, sich mit der Sache zu befassen. Daß in der That diese rechtliche Bedeutung der Zuständigkeitsordnung des Reichscivilprozeßrechtes innewohnt, wird den wichtigsten Nachweis des 3. Teiles (Anhang) bilden. Antizipiere ich diesen Nachweis, so ist die bisher angedeutete Auffassung ausgeschlossen [3]).

2) Bleibt demnach nur noch die andere Erklärung: daß das Gericht allerdings vor der Sachentscheidung seine Zuständigkeit zu

---

1) Diese Auffassung hat insbesondere Fitting vertreten und sie dann zur „generellen Zuständigkeitstheorie" formuliert; sie vertrat aber auch Wach (cf. S. 729. insb. S. 730 cit. und jetzt N. 49 auf S. 508 seines Handbuchs). 2) Damit berühre ich die Frage, ob die Präklusionsnorm des § 247 auf den Versäumnisfall Anwendung findet. Für die Bejahung derselben vorzugsweise Bolgiano (bei Grünhut XII. S. 601, 603, 605) und Fitting (Ztschr. VI. S. 335); für deren Verneinung das Reichsgericht (Entsch. I. S. 441), welch' letzteres darin zu weit geht, daß es die wirklich verzichtbaren prozeßhindernden Einreden auch nicht als ausgeschlossen betrachtete. — Meines Erachtens darf § 247 mit dem Versäumnisfall nicht in direkte Beziehung gebracht werden; § 247 nämlich ist beherrscht von dem Gegensatz zwischen Prozeßformalien und meritorischem Stoff; weil Ersteres logisch dem Zweiten vorauszugehen hat, darum Präklusion aller dieser Einwendungen, sobald zur Hauptsache verhandelt wird. Dagegen wird der Versäumnisfall beherrscht von dem Gegensatz von Offizialpunkten (gewisse Prozeßvoraussetzungen und die Schlüssigkeit des Vorgebrachten) und beklagtischen Parteirechten. (Ähnlich Weismann, Hauptint. u. Streitgenossensch. S. 117, 120, N. 40.) 3) Sie verwirft jetzt auch Wach, Handbuch I. S. 508, N. 49. —

Digitized by Google

prüfen habe, sich aber bei dieser Prüfung eben durch das Ausbleiben, bzw. Nichtverhandeln des Beklagten prorogiert sehe. Das Gericht soll nach dieser Ansicht vor Realisierung der Versäumnisfolge untersuchen, ob es für den betreffenden Prozeß kompetent ist. Welcher Gedanke liegt dieser Zuständigkeitsprüfung zu Grunde? Offenbar der Gedanke, daß der Richter nur als zuständiger urteilen darf, daß also Kompetenz des Gerichtes eine Voraussetzung der Versäumnis, des Versäumnisurteils ist. Und zu bejahen hätte das Gericht seine Zuständigkeit nur auf Grund der in der Versäumnis sich vollziehenden Prorogation. Mit andern Worten: es würde aus der Versäumnis die Zuständigkeit, und aus der Zuständigkeit die Versäumnis abgeleitet werden. So bewegt sich diese Lösung der Frage in einem neuerdings von Wach[1]) selbst erkannten circulus vitiosus, ist demnach unhaltbar.

Es erübrigt noch das bisherige Resultat gegen die Ausführungen von Fitting[2]) zu befestigen. — Auch Fitting geht mit Recht davon aus, daß § 39 eine Fiktion enthalte. Er schließt daran die Frage, welches Prinzip dieser Satzung zu Grunde liege. Entscheidende Vorfrage sei, ob das in § 39 verlangte positive Moment als wesentlicher Bestandteil der Vorschrift betrachtet werde, oder nicht. Wenn es nur auf das negative Moment ankomme, — sagt Fitting — und darin ist ihm gewiß beizupflichten, so würde das Präklusionsprinzip als solches in seiner kompetenzbegründenden Eigenschaft anerkannt sein. Mit dem Wortlaut des § 39 sei diese Auffassung jedenfalls zu vereinigen[3]). „Denn da letzterer neben § 247, Abs. 3 doch jedenfalls nicht ganz unbedingt, und buchstäblich angewendet werden kann, sondern nur mit der wichtigen Beschränkung, daß der Beklagte trotz geschehenen Eintretens in die mündliche Verhandlung zur Hauptsache die Unzuständigkeit immer noch geltend machen kann, wenn er glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden zur Geltendmachung vor dem Eintreten in jene Verhandlung nicht im Stande gewesen sei, da also § 39 durch § 247 erst seine genauere

---

1) Wach, Handbuch I. S. 508; übrigens hat auf diesen circulus vitiosus schon Schwalbach hingewiesen, Arch. 64, S. 258, N. 4; und ähnlich schon Brackenhöft, Erörterungen, S. 266, N. 6 in f. 2) cf. a) „Zur Lehre vom sog. vereinbarten Gerichtsstand nach der Reichscivilprozeßordnung", im Arch. 63, S. 222—253. b) „Über die prinzipielle Grundlage des sog. vereinbarten Gerichtsstandes nach der Reichscivilprozeßordnung," in der Zeitschr. VI. S. 253—370. 3) Ztschr. VI. S. 294.

Digitized by Google

Bestimmung und Begrenzung erhält, so ist es nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung nicht bloß statthaft, sondern sogar am nächsten liegend, in dem Bedingungssatz des § 39 nur eine Hinweisung zu erblicken auf § 247." — Auf diese Sätze baut Fitting seine weitere Beweisführung, insoweit sie nicht mit der von Wach übereinstimmt. — Allein dieselben sind kein stichhaltiger Ausgangspunkt. Allerdings muß man mit ihm annehmen, daß § 39 durch § 247, Abs. 3 zu ergänzen ist, aber daraus erhält man als sicheres Ergebnis doch nur dies, daß erstere Gesetzesstelle, weil sie den Fall der Restitution nach § 247, Abs. 3 nicht ausdrücklich vorbehält, zu weit gefaßt ist. Ergibt sich aber daraus zugleich durch unabweisbaren Schluß, daß § 39 auch zu eng gefaßt ist? — Etwas anderes ist es, wenn der Gesetzgeber die Einrede ausschließt, etwas anderes wiederum, wenn er einen kompetenzbegründenden Thatbestand fingiert [1]). Ersteres hat nur die negative Wirkung der Präklusion, letzteres die positive Wirkung der Kompetenz. — Darum ist zwar die Fiktion des § 39 nicht denkbar ohne die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede, wohl aber die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede ohne Fiktion der Vereinbarung. Denn auch andere prozeßhindernde Einreden werden ausgeschlossen, ohne daß deshalb Erfüllung der betreffenden Prozeßvoraussetzungen fingiert würde.

Dieses Verhältnis zwischen beiden Vorschriften verbietet also, die Rechtswirkung des § 39 auf einen andern Fall des § 247 zu übertragen, gebietet dagegen zu übertragen die Beschränkung des § 247, Abs. 3 auf § 39.

Richtig ist nach meiner Auffassung die Grundanschauung, daß § 39, die Kompetenznorm nur aus § 247, der Präklusionsvorschrift, zu erklären ist, wie sich erstere aus letzterer auch historisch entwickelt hat. Aber daraus ziehe ich nur die Konsequenz, daß die Kompetenzregel ihre naturgemäße Beschränkung in der Beschränkung der Präklusionsvorschrift findet. Anders Fitting. Namentlich hinsichtlich des Falles, daß die Einrede, weil nicht gleichzeitig mit den übrigen prozeßhindernden Einreden vorgebracht, verloren ist, habe — meint Fitting — die gleiche ratio legis den Gesetzgeber veran-

---

1) Zu vergl. hieher Renaud der unter Berufung auf Birkmeyer, das Verh. S. 20 zutreffend hervorhebt, daß ein zuständiges Gericht und ein solches, welches unzuständig ist, dessen Unzuständigkeit jedoch vom Beklagten nicht mehr gerügt werden kann, zwei verschiedene Dinge sind (Ztschr. V. S. 17). Anderer Ansicht ist hierüber Just, Arch. 68, S. 305.

Digitized by Google

lassen müssen, trotz noch nicht vorhandener Streiteinlassung Zuständigkeit zu statuieren; die Annahme, daß der Gesetzgeber in diesem Fall es bei der Präklusion habe belassen wollen, schließe den Vorwurf theoretischer Prinziplosigkeit, ihre Anwendung eine praktische Halbheit und wunderliche Konsequenzen in sich [1]).

Wir haben daher auf diesen Fall näher einzugehen. Die Anwendung des § 39 auf denselben ist ausgeschlossen, weil der Gesetzgeber Zuständigkeit erst von dem Moment der Streiteinlassung entstehen läßt [2]). Jener Rechtsvorgang ist allerdings gegeben, wegen dessen der Gesetzgeber in § 39 Kompetenz statuiert, nämlich die Präklusion des Beklagten mit der Einrede. Allein jenes positive Moment, an welches der Gesetzgeber die fragliche Rechtswirkung anknüpft, liegt nicht vor und daher ergibt sich unbedenklich die Verneinung der Frage. Sie bejahen, hieße den § 39 unter Heranziehung der Präklusionsnorm erweiternd auslegen. Denn mit dem in § 39 expressis verbis genannten Thatbestand hat jener Vorgang nur die Präklusion der Einrede gemeinsam, wärend im Übrigen prozeßverzögerliches und meritorisches Verhandeln scharfe Gegensätze sind. Also wäre die Anwendung des § 39 auf den gedachten Fall nur aus dem Prinzip abzuleiten, daß § 39 die bloße Präklusion als solche, zum kompetenzbegründenden Moment erhoben [3]). Andrerseits ist die praktische Behandlung des Falles allerdings die nämliche, wie wenn bereits Kompetenz eingetreten wäre [4]). Entweder verhandelt nämlich der Beklagte nach dem Vorbringen anderer prozeßhindernden Einreden zur Hauptsache — und dann liegt der Thatbestand des § 39 vor, oder er verweigert die Einlassung. Aber durch

---

1) So Ztschr. VI. S. 303 f.; daher auch S. 299, N. 77 „eine mindestens analoge Anwendung des § 39 auch auf diesen Fall ist daher unabweislich." 2) Übereinstimmend im Resultat, nicht in der Begründung Wach, Handb. I. S. 508 f; dagegen nimmt Planck, Lehrbuch I. S. 92 (verbis: „in solchem Fall", d. h. bei nicht gleichzeitigem oder nicht rechtzeitigem Vorbringen) wohl den Eintritt der Zuständigkeit an. Für die fortdauernde Unzuständigkeit auch Renaud, Ztschr. V. S. 48; wohl auch Wieding, in Holtzendorffs Rechtslexikon III. S. 1472, — welch' beiden in der praktischen Behandlung des Falles nicht beizustimmen ist. — 3) Dies leugnet Wach a. a. O. „Die Bejahung wäre nicht Annahme des Präklusionsgedanken, sondern analoge Anwendung des § 39. Denn jener könnte nach § 247, Abs. 3 immer nur zum Ausschluß schuldhaft versäumter Einrede führen, dieser dagegen würde absolut wirken." 4) In der praktischen Behandlung zutreffend Wach, a. a. O. S. 509, N. 53.

Digitized by Google

den Verlust der Unzuständigkeitseinrede ist er gegenüber dem betreffenden Gericht, wie gegenüber dem zuständigen prozeßpflichtig geworden [1]). Das Gericht kann jetzt nicht mehr, wie Wach mit Recht bemerkt, seine Zuständigkeit verneinen, es ist befugt, ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten zu erlassen. Legt der Beklagte gegen dieses Einspruch ein, so liegt darin ein Verhandeln zur Hauptsache.

So die praktische Behandlung, welche sich ohne alle Schwierigkeit gestaltet. Ob das Gesetz besser wohl daran that, erst das vollendete Eintreten des Beklagten in den Prozeß, die litiscontestatio mit dieser Wirkung auf die Kompetenzverhältnisse zu bezeichnen oder ob es angemessener war, sogleich an den Verlust der Unzuständigkeitseinrede Zuständigkeit zu knüpfen, darüber kann allerdings gestritten werden. Und weil das lediglich eine Erwägung de lege ferenda ist, so braucht die diesbezügliche, oben mitgeteilte Ansicht von Fitting nicht weiter erörtert zu werden.

Schließlich sei noch gegen das Hauptargument von Fitting, daß § 39, weil er angesichts des § 247 nicht wörtlich verstanden werden dürfe, auf Grund letzterer Norm auch extensiv interpretiert werden müsse, noch Folgendes bemerkt. — Für seine Interpretation „es bedeute der Bedingungssatz des § 39 nur einen stillschweigenden Hinweis auf § 247" hat er selbst den Vorwurf vorhergesehen, sie sei in Anbetracht des Wortlautes der Gesetzesstelle zu kühn, zu willkürlich. Dieser von ihm selbst befürchtete Einwand muß vollends durchschlagend sein, wenn das Argument hinwegfällt, wodurch er den Einwand wieder zu beseitigen sucht, nämlich „daß § 39 und § 247, jeder buchstäblich verstanden, nebeneinander nicht bestehen könnten" [2]). Daß sie sehr wohl neben einander bestehen können, wird noch an anderer Stelle nachzuweisen sein.

Als Ergebnis der bisherigen Ausführungen bezeichne ich den Satz, daß die in § 39 statuierte Rechtswirkung auf keinen andern als den dort genannten Thatbestand übertragen werden darf. Es erübrigt aber eine Erörterung der Folgen, welche Fitting aus seinem Resultat: „Präklusion schafft Zuständigkeit" gezogen hat.

Auch er wirft die Frage auf, was an § 39 kompetenzbegründend sei [3]). Nach dem Kausalgesetz könne durch bloße Unterlassung

---

1) Denn das Gegenteil der Prozeßpflicht, das Recht, die Befassung des Gerichtes abzulehnen, ist an die Einrede geknüpft, kann also nicht mehr bestehen, sobald die Einrede verwirkt ist. 2) Ztschr. VI. S. 334. 3) Arch. 63, S. 243 ff.; Ztschr. VI. S. 338 ff.

Digitized by Google

eines positiven Eingreifen eine positive Wirkung nicht hervorgerufen werden und etwas noch nicht Vorhandenes nicht geschaffen werden [1]). Ein bloßes non nolle kann der Natur der Sache nach niemals konstituierend wirken, sondern immer nur die Bedeutung haben, daß die konstituierende Wirkung eines andern Thatbestandes nicht durch ein eingreifendes entgegengesetztes velle gehindert wird. — So folgert Fitting aus dem Kausalgesetz, daß Wachs Präklusionsprinzip unhaltbar sei [2]). Aber auch die Konstruktion von Bülow, daß Klagerhebung und Präklusion zusammen die Zuständigkeit herbeiführen, weist Fitting zurück [3]), weil ja die Wahl eines Gerichtes auch im Irrtum über die Kompetenz erfolgen könne, eine solche wohl aber in keinerlei logischem Zusammenhang mit der Kompetenzbegründung stehe. Das Resultat sei, daß im ganzen Verfahren vor der nach § 39 erfolgenden Zuständigkeitsbegründung kein kompetenzbegründendes Moment liege. So müsse man notwendig annehmen, daß die Zuständigkeit schon vor der Klagerhebung vorhanden gewesen. Und dies führt ihn zu seinem, in folgenden Sätzen formulierten generellen Zuständigkeitsprinzip: [4])

1) Jedes ordentliche Gericht erster Instanz ist für jede Klage zuständig, d. h. zu ihrer Verhandlung und Entscheidung fähig und befugt. Doch besteht 2) für gewisse Fälle ein nach Lage oder Art, oder nach beiden Gesichtspunkten allein zuständiges Gericht; 3) In gewissen Fällen hat der Beklagte aus Rücksichten auf seine Privatinteressen ein Ablehnungsrecht, nämlich dann, wenn nicht eine der gesetzlichen Regeln über örtliche und sachliche Zuständigkeit zutrifft. Also haben alle diese Regeln nur „die Bedeutung, dem Beklagten zu sagen, in welchen Fällen er ein Ablehnungsrecht hat, in welchen nicht“ [5]).

Es kann sich für uns nurmehr um die Frage handeln, ob diese Theorie haltbar wäre, wenn der Satz „Zuständigkeit ist gegeben, sobald nur das Ablehnungsrecht verwirkt ist“ in unserm Prozeßrecht enthalten wäre. Obgleich jetzt auf einem völlig andern Standpunkt stehend, hat Wach diese Frage bejaht; er gibt zu, daß vom Stand-

---

1) Über diesen Punkt, der große Meinungsverschiedenheit hervorgerufen — Fitting, Arch. 63, S. 243; Renaud in der Ztschr. V. S. 13; Leonhard, Ztschr. IV. S. 415; Birkmeyer, d. Verh. S. 4, Ztschr. V. S. 152; Fitting, Ztsch. VI. S. 341, N. 126; Just, Arch. 68, S. 282; Birkmeyer, Ztschr. VII. S. 474 ff., N.409. 2) Ztschr. VI. S. 348 f. 3) eod. S. 350 ff. 4) Arch. 63, S. 245 ff.; Ztschr. VI. S. 343 ff. 5) Arch. 63, S. 248.

Digitized by Google

punkt der reinen Präklusionstheorie Fitting's Lehre des an sich zuständigen, aber ablehnbaren Gerichtes eine schwer zu bekämpfende Anschauung sei[1]). Indessen kann man wohl selbst dieser bedingten Zustimmung nicht beipflichten. Es kommt vielmehr gegen Fitting's Lehre Folgendes in Betracht:

1) Gesetzt es wäre die Sachlage so, wie sie Fitting annimmt, also einerseits die Unzuständigkeit des Gerichtes durch bloßen Nichtgebrauch der Einrede gehoben, andrerseits einziger Inhalt der Unzuständigkeit ein Ablehnungsrecht des Beklagten, so müßten wir doch dabei stehen bleiben, daß die Zuständigkeit mit diesem, wie immer beschaffenen Verhalten des Beklagten erst eintrete, nicht von vornherein bestehe.

Fitting hält dies allerdings lediglich für eine Sache der Definition, ob man das prorogierbare, aber noch ablehnbare Gericht für zuständig hält, oder nicht. Allein die bisher in der Wissenschaft übliche Terminologie, welche übereinstimmend mit der Gesetzessprache nur ein zugleich nicht ablehnbares Gericht für zuständig erklärt, hat auch in folgender Beziehung gegenüber der Bezeichnung von Fitting den Vorzug.

Wir wollen doch mit der Zuständigkeit eine Prozeßvoraussetzung bezeichnen, mit dem zuständigen Gericht ein Gericht, welchem gegenüber der Beklagte prozeßpflichtig ist. Ja, man bezeichnet die Prozeßpflicht gerade in Bezug auf ihre Beschränkung, die sich aus der Unzuständigkeit der Mehrzahl der Gerichte ergibt, als Gerichtsstandspflicht. Wenn nun aber einem bestimmten Gericht gegenüber der Beklagte sich der Prozeßpflicht wirksam weigern kann, so muß es an der Prozeßvoraussetzung fehlen. Denn Prozeßvoraussetzung ist auch eine solche Bedingung des Prozessierens, auf deren Geltendmachung der Beklagte verzichten kann, auch eine Bedingung, deren Geltendmachung nur durch ihn erfolgt. Einem ablehnbaren Gericht gegenüber ist der Beklagte nicht prozeßpflichtig, eben weil er dessen Judikatur in der Sache ablehnen kann: also fehlt es an der Prozeßvoraussetzung der Urteilsgewalt; dieses Gericht ist demnach unzu-

---

1) Handbuch I. S. 506, N. 43; für die Ansicht von Fitting hat sich nur Schwalbach erklärt, Arch. 64, S. 258 f., N. 4. Dagegen: Bülow, Arch. 64, S. 32, N. 20; Wach, Beiträge 24, S. 729; Birkmeyer, das gegens. Verhältnis S. 5 f.; Ztschr. V. S. 143; VII. S. 474 ff., N. 409; Renaud, Ztschr. V. S. 28—33; Just, Arch. 68, S. 282 ff.; Planck, Lehrb. I. S. 91, N. 18.

Digitized by Google

ständig, oder wenn wir es gleichwohl als zuständig bezeichnen wollen, so dürfen wir fernerhin nicht mehr die Zuständigkeit als Prozeßvoraussetzung bezeichnen, weil trotz ihres Vorhandenseins die Prozeßpflicht möglicherweise noch nicht begründet wäre; wir müßten an deren Stelle als Prozeßvoraussetzung die der Nichtablehnbarkeit eines überdies zuständigen Gerichtes in das System derselben aufnehmen.

2) Überdies hat Fitting, wie mir scheint, die ihm mit Birkmeyer gemeinsame Ansicht, „es fehle im Verfahren vor der Einlassung an jedwedem positiven Moment, an welches die Zuständigkeit als Wirkung angeknüpft werden könnte“[1]) — durchaus nicht mit derselben Konsequenz durchgeführt, wie jener. Birkmeyer gegenüber behauptet doch Fitting selbst, daß § 39 eine Kompetenzregel sei. Selbst wenn der Gesetzestext heißen würde: „Zuständigkeit ist anzunehmen“ läge in § 39 nach Fitting[2]) die Statuierung wirklicher Kompetenz, nicht bloß der Judikationsbefugnis vor, weil Zuständigkeit eine rein juristische Eigenschaft sei, welche bloß vom Gesetz geschaffen werde und von diesem an jeden ihm beliebenden Thatbestand angeknüpft werden könne. Wenn nun aber, wie er selbst zugibt, in § 39 Kompetenz statuiert wird, so kann es hier — mag man nun den dort genannten Thatbestand für einen an sich kompetenzbegründenden halten oder nicht — jedenfalls nicht an einem auf Grund der Gesetzesvorschrift kompetenzerzeugenden Thatbestand fehlen. Nach seiner Auffassung war z. B. das Landgericht M von vorherein zuständig für die Klage des H auf einen Kaufschilling gegen A, obwohl letzterer weder in M wohnte, noch sonst welche gerichtsstandbegründende Beziehungen zu dem Ort M hatte. Siedelt nun A nach M über, wird also das Landgericht forum domicilii desselben, so kann nach Fitting's Auffassung das Gericht nicht erst zuständig werden, weil es das bereits war, sondern nur die schon bestehende Zuständigkeit zu einer unanfechtbaren werden. Ergibt sich nicht genau derselbe Rechtseffekt auch dann, wenn A in M wegen des Kaufschillings belangt wird und sein Anwalt vor diesem Gericht vorbehaltlos zur Hauptsache verhandelt? — Also muß der eine Vorgang ebensogut wie der andere kompetenzbegründend sein: wir dürfen daher Fitting gegenüber wohl darauf bestehen bleiben, daß es in § 39 nicht an einem kompetenzbegründenden Moment fehlt. Denn auch aus sei-

1) Cf. Fitting, Ztschr. VI. S. 341; Birkmeyer, eod. VII. S. 475, N. 409. 2) Ztschr. VI. S. 276f.

Digitized by Google

ner Konstruktion folgt, daß der Vorgang des § 39 dieselbe Rechtswirkung erzeugt, wie etwa der des C.P.O. § 13. Nur nennen wir wegen des gegen Fitting's Theorie sub 1) geltend gemachten Bedenkens mit gutem Grund die Rechtswirkung des § 39 wie die des § 13 oder § 38 nicht Befestigung einer bereits bestehenden, sondern Begründung einer bis dahin nicht vorhandenen Zuständigkeit.

Der Gedankengang leitet nunmehr zur Erörterung der Theorie von Birkmeyer, die, wie schon erwähnt, einen Grundgedanken mit der Konstruktion von Fitting gemeinsam hat; es ergibt sich diese Anreihung aber auch im Hinblick auf das bereits gewonnene Resultat. —

§ 6. § 39 eine Kompetenznorm.

Alle bisherigen Ausführungen bezweckten im Wesentlichen nur den Satz nachzuweisen: daß § 39 einerseits nicht auf dem Vereinbarungsprinzip beruhe, sondern innig mit der Präklusionsnorm zusammenhänge, daß andrerseits aus dieser Erkenntnis nicht gefolgert werden dürfe eine Kompetenzbegründung durch bloße Präklusion. — Es galt, die auf verschiedenen Wegen von Bülow, Wach und Fitting begründete „reine Präklusionstheorie" zu widerlegen, welche in dem Satz ausgedrückt werden kann: „weil am Thatbestand des § 39 die Präklusion der Einrede das Wesentliche ist, so muß dieses negative Moment genügen zur Kompetenzbegründung"[1]). Es wurde dieser Lehre gegenüber nachgewiesen, daß die Fiktion einer Gerichtsstandsvereinbarung nur an die vorbehaltlose mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache angeknüpft ist, also weder an die contumacia des Beklagten, noch an die Geltendmachung lediglich dilatorischen Verteidigungsmaterials. Aus diesem Resultat ergibt sich aber zugleich für die Frage, ob und wie der Richter seine Zuständigkeit zu prüfen hat, jedenfalls soviel, daß diese Prüfung, wenn überhaupt erforderlich, notwendig ist, wenn und solange es nicht zu einer vorbehaltlosen Streiteinlassung kommt, daß sie dagegen hinwegfällt; sobald jener Thatbestand vorliegt. — Damit ist aber auch der eigentliche Zweck des § 39 ausgesprochen.

---

1) So Bolgiano, übereinstimmend mit Fitting, bei Grünhut, Bd. 12, S. 596 N. 1.

Digitized by Google

Wo das Gesetz einen Prorogationsvertrag, also einen zuständigkeitsbegründenden Thatbestand anzunehmen befiehlt, da gestiert die Kompetenzprüfung, da ist aber auch das Gericht, eben weil es sich für vereinbart halten muß, zu einem rechtsgiltigen Verfahren berechtigt und verpflichtet. — Die Bedeutung des § 39 ist also die, nach der Streiteinlassung prinzipiell jede Erörterung und Anfechtung der Zuständigkeit, in dieser Instanz wie im Rechtsmittelverfahren abzuschneiden, abzuschneiden zu Gunsten des einmal mit der Sache befaßten Gerichtes[1]). Ist aber somit klargestellt, was § 39 bezweckt, so ist dadurch noch nicht die Lösung der Frage gewonnen, auf welchem Weg er dies erreicht. Mit der Streiteinlassung soll alle Kompetenzbemängelung hinwegfallen. Dann muß aber entweder mit derselben Kompetenz eintreten, oder wenn Inkompetenz bestehen bleibt, dieselbe nicht weiter in Betracht kommen. Und ob der Gesetzgeber das eine oder andere anordnete, darum handelt es sich nunmehr.

Auch dann, wenn der Gesetzgeber einen Kompetenzfall für diesen Zweck normierte, gehört derselbe, als der einzige, bei welchem bloß mit Rücksicht auf die bereits vorgeschrittene Entwicklung des Prozesses Zuständigkeit verliehen wird, nicht der eigentlichen Kompetenzordnung an, belehrt uns vielmehr über deren rechtliche Bedeutung dahin, daß von jenem Moment an der Mangel eines Kom-

---

1) § 39 ist von einschneidender Bedeutung für die verschiebbare Kompetenzordnung. Über diese seine Bedeutung sind nur zwei Auffassungen möglich, beide vertreten. Wenn nämlich § 39. Zuständigkeitsbegründung anzunehmen befiehlt, so ordnet er an, daß von einem bestimmten Moment an der Zuständigkeitspunkt nicht mehr in Betracht komme, und da fragt sich, von welchem an? Die reine Präklusionstheorie antwortet: „Schon von dem Moment an, wo Nichtgebrauch, Präklusion vorliegt". Die entgegengesetzte Auffassung sagt: „Erst von der litiscontestatio an". Die zweite Antwort ist die richtige. Also ist — gleichgiltig, ob Kompetenz statuirt wird oder nicht — der materielle Inhalt des Gesetzes der, daß von jenem Moment an die Inkompetenz nicht mehr releviert. — Und daraus ergibt sich schon jetzt für spätere Untersuchungen: § 39 soll die rechtliche Bedeutung der Kompetenzordnung jedenfalls nur insofern herabdrücken, als die Inkompetenz innerhalb der verschiebbaren Kompetenzordnung im Rechtsmittelverfahren nicht mehr geltend gemacht werden kann. — Wäre die andere Auffassung richtig, so wäre die rechtliche Bedeutung der Zuständigkeitsordnung noch mehr verringert, indem durch den Kompetenzgrund der Präklusion die Notwendigkeit einer Offizialprüfung der Kompetenz überhaupt aufgehoben, demnach die Unzuständigkeit als ein bloßes Ablehnungsrecht zu qualifizieren wäre. —

Digitized by Google

petenzgrundes nicht mehr in Betracht kommen, durch gesetzliche Vorschrift beseitigt sein soll. — Und eben der Gedanke, daß sich die Kompetenzordnung nur aus gesetzlichen, außerprozessualen Thatbeständen einerseits, dem Vertrag der Parteien andrerseits als Kompetenzgründen aufbaut, daß dagegen für den Fall einer vorbehaltlosen Streiteinlassung nur die Fiktion einer Vereinbarung aufgestellt sei, hat Birkmeyer [1]) zu einer von allen übrigen abweichenden Konstruktion des § 39 veranlaßt, welche wir in unserer Auslegung dieses § wie in der Gruppierung der verschiedenen, darüber aufgestellten Theorien am füglichsten hier erörtern, ehe wir mit dem Satz „§ 39 statuiert für den daselbst genannten Thatbestand Kompetenz" als mit einem feststehenden rechnen können.

Denn eben jener Satz wird von Birkmeyer lebhaft bestritten. Wenn bisher jene extremen Präklusionstheorieen behandelt wurden, so begegnet uns in seiner Konstruktion eine allerdings durchaus konsequente, aber wohl zu weit gehende Durchführung des Vereinbarungsprinzips. Denn so kann eine Lehre bezeichnet werden, deren Grundgedanke der ist: „Zuständigkeit wird „außer durch die gesetzlichen Kompetenzgründe durch Parteivereinbarung und nur durch eine solche begründet [2]). — „Weil der Thatbestand des § 39 nichts von einer Vereinbarung enthält, noch sonst irgend einen kompetenzbegründenden Vorgang, kann „er auch nicht Kompetenz statuieren, sondern soll neben der Präklusionsnorm des § 247 für den Richter nur die Ermächtigung „rechtsgiltigen Prozedierens aussprechen, sobald der Beklagte mündlich zur Hauptsache verhandelt hat". —

Die Ausführungen Birkmeyer's zur Begründung seiner Theorie [3]), zur historischen Festigung [4]) derselben gegen die frühere Theorie von Wach und endlich zu deren Verteidigung gegenüber den Angriffen v. Amsberg's [5]) (im Arch. 65 S. 110 ff.), Leonhard [6]) (Ztschr. IV. S. 404 ff.), neuerdings von Wach in seinem

---

1) Das Verhältnis S. 38. „Also bleibt es bei den beiden gemeinrechtlichen Kompetenzgründen, Gesetz und Willensübereinkunft der Parteien auch nach unserer Reichscivilproceßordnung. Wir haben keine drei Kompetenzgründe, Gesetz, ausdrückliche Vereinbarung vor dem Prozeß, und Präklusion im Prozeß". 2) Das Verh. S. 39. 3) „Das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff. und § 247, Zf. 1 und Abs. 3 der R.C.P.O. im Hinblick auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 26. Mai 1880".

4) Eod. S. 48 ff. S. 57 ff. 5) Ztschr. V. S. 125—130. 6) Ztschr. V. S. 130—172.

Digitized by Google

Handbuch (I. S. 500 N. 24, S. 505 N. 39, S. 506 N. 43 [1]) im Einzelnen zu referieren, würde zu weit führen. — Auch stimme ich mit Birkmeyer in dem meines Erachtens viel wichtigeren Punkt [2]) überein, daß der Reichsgesetzgeber die in § 39 statuierte Rechtsfolge nur an den Thatbestand vollendeten Eintritts in den Prozeß, erst an die litiscontestatio angeknüpft, daß demnach jede Übertragung derselben auf andere Vorgänge schlechthin ausgeschlossen ist. Ebenso besteht Übereinstimmung über die eigentliche Bedeutung des § 39. Differenzpunkt ist also nur die Bescheidung der Frage, ob der Gesetzgeber eine Kompetenznorm, oder etwas weniger statuierte zur legislativen Durchführung jenes Rechtsgedankens, daß in den prorogierbaren Fällen die Zuständigkeitsfrage mit der Streiteinlassung prinzipiell für diesen Prozeß zu Gunsten des einmal mit der Sache befaßten Gerichtes geregelt sei.

Werfen wir vorerst einen Blick auf die bisher versuchten Widerlegungen dieser Theorie! Dieselben laufen genau genommen auf zwei Gedanken hinaus. „Daß der Begriff der Zuständigkeit eine Fiktion der Zuständigkeit ausschließe" [3]), hat namentlich Wach geltend gemacht, „daß der Gesetzgeber, wo immer er die Fiktion eines Thatbestandes aufstellt, unmittelbar die ganze Wirkung desselben, demnach hier Zuständigkeit übertrage", insbesondere Fitting [4]) und Just [5]). Die beiden letztern Schriftsteller machen also vorzugsweise dieses Argument geltend: „Ist dem in § 38 erwähnten Richter wahre und wirkliche Zuständigkeit verliehen, so ist sie es genau so auch dem Richter des § 39. Logik und Grammatik gestatten keinen andern Schluß" [6]). — Wach dagegen glaubt schon mit dem Begriff der Zuständigkeit die Theorie von Birkmeyer aus dem Feld zu schlagen; diese Theorie müsse von einer unrichtigen Grundanschauung der Zuständigkeit ausgehen, weil es neben dieser als dem Recht, ein Amt in concreto auszuüben, keine Quasizuständigkeit gebe.

Aber keines von beiden Argumenten widerlegt die Theorie Birk-

---

1) „Wach's Handbuch d. d. Civilprozeßrechts von Birkmeyer", Separatabdruck aus „Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft" 6. Bd. S. 205—213. 2) Darüber schon oben S. 137. 3) Wach, Handbuch I. S. 506 N. 43 Zf. 2; ähnlich übrigens auch Just, Arch. 68, S. 292 f. 4) Ztschr. VI. S. 275 ff.; oben S. 155. 5) Arch 67, S. 296 ff. 6) So Just, a. a. O. S. 296; ähnlich Fitting a. a. O. S. 276; v. Amsberg, Arch. 65 S. 112.

Digitized by Google

meyer's. Einerseits glaube ich, daß neben dem Begriff der Zuständigkeit, welcher ja nicht verändert wird, ein Begriff der Judikationsbefugnis, wie ihn Birkmeyer scharf formuliert [1]), sehr wohl denkbar ist. Nicht ausgeschlossen ist wohl auch andrerseits, — wenn auch nicht gerade am nächsten liegend, — daß der Gesetzgeber, der durch die Fiktion eines Thatbestandes nicht alle Rechtswirkungen des einen auf den andern übertragen will, hier mittels der Fiktion der Vereinbarung nicht deren unmittelbare Rechtsfolge, sondern nur die eine, wichtigste Konsequenz dieser Rechtsfolge übertragen will; und mit dieser Annahme würde man, wie Birkmeyer [2]) wohl mit Recht geantwortet hat, nicht die Fiktion einer Rechtswirkung aufstellen', sondern als Rechtswirkung die Fiktion der Zuständigkeit, d. h. einen Rechtsbegriff annehmen, der mit der Zuständigkeit selbst nur das Wichtigste, das rechtsgiltige Prozedieren gemeinsam hat. Meines Erachtens läßt die Fassung des § 39 die Frage offen. Von diesem Standpunkt aus wird sich daher meine Deduktion auf den Nachweis beziehen, daß einmal die Auslegung des § 39 als Anordnung einer Kompetenznorm jedenfalls auch zulässig ist, dann, daß wir sie sogar vorzuziehen haben, wenn wir zwischen beiden zu wählen haben.

Vor allem ist also darauf hinzuweisen, daß es dem Gesetzgeber völlig frei stand, das eine oder andere zu statuieren. Während nämlich der Gesetzgeber hinsichtlich der Rechtsbegriffe und wissenschaftlichen Konstruktion der Rechtssätze keinerlei bindenden Gesetzeswillen hervorbringen kann, weil er ja auch über die allgemeinen logischen Gesetze keine Gewalt hat [3]), setzt er Rechtsfolgen mit souveräner Gewalt, sollte auch ihre Statuierung im einzelnen Fall de lege ferenda nicht im Mindesten gerechtfertigt sein. Dies hat denn auch namentlich Birkmeyer selbst anerkannt; ja er hat zugegeben, daß § 39 auch dann eine Kompetenznorm enthalten könne, wenn wir die aus diesem Thatbestand abgeleitete Kompetenz keineswegs zu konstruieren vermöchten [4]), „weil wenn ein Rechtssatz im Gesetze klar und unzweifelhaft ausgesprochen ist, es seiner Geltung keinen Abbruch thun könne, daß wir ihn nicht zu konstruieren vermögen" [5]). —

Ferner muß festgestellt werden, ob nicht schon der Wortlaut des § 39 für sich allein betrachtet, die Kontroverse nach irgend

---

1) Ztschr. V. S. 165. 2) Rezension S. 211. 3) So mit Recht Fitting, Ztschr. VI. S. 261; ähnlich Birkmeyer in der angeführten Rezension S. 208. 4) Cf. S. 207 eod. 5) S. 209. —

Digitized by Google

einer Richtung entscheidet. Diese Frage hat Birkmeyer bejaht; er nimmt an, daß die Form des § 39, der Wortlaut dieser Gesetzesstelle, von vornherein klar entscheide, daß nicht wirklich Zuständigkeit verliehen werden soll. Er lehrt: „Gegen die Annahme, daß § 39 die Folge der Kompetenzbegründung statuiert, streitet die grammatikalische Unmöglichkeit, in dem vorliegenden Wortlaut es zu thun[1]); die Worte des § 39 enthalten nicht eine Statuierung der Zuständigkeit“ [2]).

Allein gegen diese Behauptung haben sich doch sämmtliche Schriftsteller erklärt[3]). Meines Erachtens ist aber dagegen folgendes zu bemerken: der Wortlaut des § 39 läßt diese Frage offenbar durchaus unentschieden; d. h. diese Frage ist wohl ganz gewiß in § 39 selbst entschieden, weil darüber, ob bloße Judikationsbefugnis oder Zuständigkeit verliehen werden soll, wie über jede Frage, zu welcher uns ein Gesetzbuch veranlaßt und an welche sich praktische Konsequenzen knüpfen, irgend ein Gesetzeswille vorliegen muß; aber nicht der Wortlaut des § 39 zeigt uns dies direkt an. Noch viel weniger dürfen wir annehmen, daß dieser Wortlaut, weil die Vorschrift auf eine Fiktion der Vereinbarung abgestellt ist, eine wirkliche Vereinbarung also nicht vorliegt, im Voraus auch nur von der Fiktion der Zuständigkeit zu verstehen sei. Bei jeder Fiktion sieht ja der Gesetzgeber von der Verschiedenheit der Thatbestände ab, indem er sie in den Rechtswirkungen gleichstellt. Als die nächstliegende Schlußfolgerung dürfen wir demnach wohl die bezeichnen: In dem unmittelbar vorhergehenden § statuiert der Gesetzgeber als Folge einer Gerichtsstandsvereinbarung die Zuständigkeit des vereinbarten Gerichtes; in dem darauffolgenden § bestimmt er, daß in der vorbehaltlosen Streiteinlassung eine derartige Vereinbarung erblickt werden soll. Mit dieser Norm kann uns der Gesetzgeber freilich nicht zwingen, in jenem prozessualen Vorgang eine Vereinbarung zu erblicken, wohl aber die Rechtswirkung, welche er an eine wirkliche Vereinbarung über den Gerichtsstand knüpft, auf den einer Vereinbarung gleichgestellten Thatbestand anzuwenden. — Diese Auslegung einer

---

1) Das Verh. S. 24, S. 37, Abs. 4; Ztschr. V. S. 158 2) Rezension S. 211; ähnlich V. S. 158/9. 3) Insbesondere Just a. a. O.; gegen Birkmeyer auch Bolgiano bei Grünhut Bd. 12, S. 601 N. 5a, und Löning, Ztschr. IV. S. 86/7 N. 110; Hellmann, Lehrbuch S. 127; Planck hat die Frage nicht direkt entschieden; zu vergl. Lehrbuch I. S. 91/2; S. 80; S. 502 N. 25.

Digitized by Google

gesetzlichen Fiktion ist wohl die häufigste. Daß hier die weitaus wichtigste Rechtswirkung einer Zuständigkeitsvereinbarung, nämlich Zuständigkeit selbst, übertragen werden soll, dafür spricht doch die Aufstellung der Norm gerade an dieser Stelle und der Umstand, daß doch in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die Fiktion in dieser Weise verstanden werden muß.

Allein für entscheidend halte ich dieses Argument *nicht*, weil es in der That Fiktionen gibt, bei denen nicht bloß ein bestimmter Thatbestand, sondern auch eine Rechtswirkung fingiert, also letztere nicht ganz, sondern nur in der einen oder andern Konsequenz übertragen werden soll[1]). Wie mit aller Entschiedenheit daran festzuhalten ist, daß die Fassung des § 39 die Frage noch nicht im Sinne *Birkmeyers* beantwortet, so ist auch rückhaltlos zuzugeben, daß die Auffassung des § in dem Sinn, „es soll nur eine fingierte Zuständigkeit übertragen werden, diese aber ist die Judikationsbefugnis für den einzelnen Prozeß" mit dem Wortlaut des § 39 *immerhin* ebensowohl vereinbar ist, als die entgegengesetzte Auslegung. Wir sind also *lediglich auf innere Gründe zur Entscheidung der wichtigen Frage angewiesen*. Was nun diese *innern Gründe* anlangt, so sind es nach *Birkmeyer* im Wesentlichen *zwei*, welche den Gesetzgeber dazu bewegen mußten, eine *Judikationsbefugnis, aber keine Kompetenznorm zu statuieren*: 1) Eine Zuständigkeitsnorm sei zur Erreichung des vom Gesetzgeber in § 39 erstrebten Zweckes ein *inkongruentes Mittel* gewesen. 2) Es würde bei dieser Annahme den Gesetzgeber der *Vorwurf der Unklarheit* und des *innern Widerspruchs* in der Regelung der allgemeinen Kompetenzgründe unvermeidlich treffen[2]).

ad 1). Eigentlich beide, vor allem aber das erste Argument *Birkmeyers* ist wohl im Hinblick auf die Auslegungsregel verwendet, daß unter zwei an sich zulässigen Auslegungen man diejenige als die vom Gesetzgeber gewollte annehmen müsse, welche den *vernünftigeren, zweckmäßigeren Sinn* enthalte[3]). Die *Statuierung der bloßen Judikationsbefugnis* sei aber insofern das *Vernünftigere*, als es einer weitergehenden Rechtswirkung

1) Sogenannte Rechtsfiktionen im Gegensatz zu Thatbestandfiktionen; ein Beispiel für erstere bei *Birkmeyer*, Ztschr. V. S. 160 f. 2) Das Verh. S. 37, Abs. 5 und 6. 3) Über diese Auslegungsregel *Wach*., Handb. I. S. 275.

Digitized by Google

nicht bedurft hätte, insofern, als es vollständig genügt habe, dem unzuständig bleibenden Richter jene Befugniß zuzubilligen, um den vom Gesetzgeber gewollten Zweck zu erreichen. — Richtig ist, daß es zur Durchführung dieses Zweckes nicht gerade einer Kompetenznorm bedurfte; den gleichen praktischen Effekt für den bereits begonnenen Prozeß konnte der Gesetzgeber allerdings auch durch Statuierung einer bloßen Judikationsbefugnis erreichen. Aber diese würde jedenfalls folgende mißliche Konsequenz involviert haben. Sollte es nämlich vor dem nach § 39 mit der Sache befaßten Gericht zur Erhebung einer Widerklage kommen, so müßten wir wohl mit Birkmeyer[1]) annehmen, daß nach § 33 Abs. 1 das Forum des § 39 für die reconventio **nicht** zuständig ist. Ob dieser Fall vorliege, müßte aber der Richter bei Erhebung der Widerklage untersuchen; er müßte also hier — was er sonst in prorogierbaren Fällen gerade wegen der Vorschrift des § 39 überhaupt nicht zu thun braucht[2]) — hinterher untersuchen, ob er überhaupt durch einen in der Kompetenzordnung normierten Thatbestand zuständig oder bloß nach § 39 mit der Sache rechtsgiltig befaßt sei. Wäre damit nicht der praktische Vorteil, den § 39 bieten soll, beseitigt? — Soll nicht gerade durch denselben jede Bemängelung, aber auch jede richterliche Untersuchung der Kompetenz von dem Zeitpunkt der Streiteinlassung ab prinzipiell ausgeschlossen sein? — Überdies ist das nach Birkmeyer vom Gesetz zur Vermeidung dieses Übelstandes dargebotene Mittel — Untersuchung der Kompetenz von Seite des Gerichtes vor der Streiteinlassung — meines Erachtens nicht im Gesetz begründet. Denn eine derartige, das Eintreten vorbehaltloser Streiteinlassung verhindernde Vorkehrung hat, wie noch nachzuweisen ist, das Gesetz nur für einen bestimmten Fall getroffen[3]).

---

1) Das Verh. S. 70; Ztschr. V. S. 168. — Bestritten hat diese Konsequenz Just, Arch. 68 S. 301 f., aber wohl mit Unrecht; sollte der Gesetzgeber wirklich nur den unzuständigen Richter zur Erledigung des Prozesses ermächtigen, so würde gegen dessen sonstige Befugnisse überall die Vermutung sprechen, also auch gegen seine Zuständigkeit zur Behandlung der Widerklage. — Wie Just, auch Löning, Ztschr. IV. S. 38 N. 86; neuerdings auch Wach, Handbuch I. 477. „Der Gerichtsstand (scil. der Widerklage) ist da, sobald die Klage erhoben ist; daher ist er unerachtet der Erhebung der Klage bei unzuständigem Gericht benutzbar durch Widerklage in Verbindung mit prorogierender Einlassung (C.P.O. §§ 38, 39, 254, 467)"; ebenso Planck, Lehrbuch I. § 19, S. 71: „einerlei, ob diese sogen. Vorklage allhier erhoben werden konnte .... oder nicht". Zu 2) und 3) unten insb. S. 207 ff.

Digitized by Google

Ich möchte aber noch auf eine andere mißliche Konsequenz der bloßen Judikationsbefugnis aufmerksam machen, die dieselbe aus Billigkeitsrücksichten bedenklich erscheinen läßt. Für den Beklagten nämlich ist mit der Annahme Birkmeyers, es bleibe das nach § 39 zur Sachentscheidung ermächtigte Gericht für die Verhandlung der Widerklage unzuständig, eine gewisse Härte verbunden. Der dem forum reconventionis zu Grunde liegende Gedanke ist doch der: „wo man Recht fordert, da soll man Recht geben“ [1]). Wenn man nun aber schon vor dem Gericht Recht geben, d. h. sich einer Widerklage unterziehen muß, wo man Recht zu fordern berechtigt ist, nämlich vor dem für die Vorklage an sich zuständigen Gericht, so sollte man meinen, daß der Kläger umsomehr einer Widerklage sich gegenüber dem Gericht unterziehen muß, vor welchem Recht zu fordern er ursprünglich, auf Grund der Kompetenzordnung keinerlei Berechtigung hatte, d. h. vor dem forum, daß nur durch Präklusion des Beklagten mit seiner Einrede Zuständigkeit gewann [2]).

Gewiß ist Birkmeyers Annahme richtig, daß ein nur zur Judikatur in diesem Prozeß ermächtigtes Gericht für die Widerklage nicht zuständig wäre. Aber aus dem Gesagten erhellt, welche Konsequenzen diese folgerichtige Ansicht nach sich zöge. Dann verdient aber die Auslegung des § 39 als Kompetenznorm als die eher vom Gesetzgeber gewollte den Vorzug, wenn nicht ein weiterer, wichtiger Beweggrund für Statuierung der bloßen Judikationsbefugnis sprach. —

ad 2). Hiemit wende ich mich zum wichtigsten, beweiskräftigsten Argument Birkmeyers. Denn als solches erklärt er selbst [3]) das

1) Zu vergl. die Note 66 bei Kleinfeller, der Gerichtsst. d. Widerklage, S. 25; neuerdings auch Wach, Handb. I. S. 475, III. — Was Birkmeyer, Ztschr. V. S. 168 als ratio der l. 14 C. 7, 45 bezeichnet, steht damit nicht in Widerspruch. 2) Bestätigt finde ich diesen Gedanken in folgender Bestimmung der badischen Prozeßordnung § 40: „Beruht die Gerichtsbarkeit des Amtsgerichtes bezüglich der Vorklage auf Prorogation oder Wahl des Klägers, so hat der Beklagte das Recht der Widerklage von jedem Streitwert ebendaselbst zu erheben“. — Bei dieser Vorschrift ist offenbar zunächst an die prozessuale Prorogation des §. 49 zu denken, wenn auch die Bestimmung mit Löning (Ztschr. IV. S. 105, N. 135) ebensowohl von der Konsensprorogation zu verstehen ist. 3) Birkmeyer bemerkt (das Verh. S. 37 N. 93), daß er insbesondere den letzgenannten Grund für ausschlaggebend halte für die von ihm vertretene Auslegung des § 39. — Also ist sie wohl widerlegt, wenn nur ein gleichwichtiger Beweggrund gegen dieses Moment sprach.

Digitized by Google

von mir an zweiter Stelle aufgeführte: daß der Gesetzgeber in seiner Kompetenzordnung einen innern Widerspruch erzeugen würde[1]), wenn er in dieselbe neben den gesetzlichen Zuständigkeitsgründen und der Parteivereinbarung einen Gerichtsstand der vorbehaltlosen Streiteinlassung aufnehmen würde. Er lehrt, daß dem in § 39 genannten Thatbestand keine kompetenzbegründende Kraft innewohne; daß man daher diese Norm, solange dies nur zulässig sei, nicht als Kompetenzregel auslegen dürfe. —

Im Gegensatz zu Leonhard[2]), Fitting[3]) und Just[4]) glaube ich Birkmeyer entschieden darin beistimmen zu sollen, daß der Verlust der Einrede und die vorbehaltlose Einlassung zusammen keine an sich kompetenzbegründende Kraft haben können. Nicht zwar, als ob nicht auch alle andern Thatbestände zu kompetenzbegründenden erst durch die gesetzliche Normierung würden; aber doch wird gerade dieser, wenn selbst vom Gesetzgeber zum Kompetenzgrund erhoben, nie ein Kompetenzgrund, wie Parteivereinbarung, Domizil, Erfüllungsort sein. Denn die litiscontestatio ist allerdings nach wie vor ein prozessualer Akt von großer Wichtigkeit, aber zu demselben wird sich jeder kontradiktorisch geführte Rechtsstreit ohnehin entwickeln und nur mit der Geltendmachung, nicht aber mit der Entstehung der Kompetenz oder irgend einer andern Prozeßvoraussetzung steht derselbe in einem logischen Zusammenhang. Zu der durch Parteivereinbarung und gesetzlich normierte Thatbestände gebildeten Kompetenzordnung paßt sie demnach als Zuständigkeitsgrund schlecht und es soll ja anerkannt werden, daß die Norm des § 39 der Ausnahmsfall einer prozessualen Zuständigkeit ist. Allein daß sie als solche der Gesetzgeber statuieren konnte, und, wenn überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe vorlagen, wie bereits an einem wichtigen Beispiel nachgewiesen, auch statuieren wollte, ist durch diese Auffassung nicht ausgeschlossen. Birkmeyer hält den Gesichtspunkt für ausschlaggebend, daß sich der Gesetzgeber dadurch mit seiner eigenen, gewöhnlichen Kompetenzordnung in Widerspruch setzen würde. Allein zur Entkräftigung dieses Argumentes kann auf folgende Punkte hingewiesen werden:

---

1) Mit Recht sieht Birkmeyer in § 39 insbesondere einen Widerspruch zu dem unmittelbar vorhergehenden § 38; zu vergl. das Verh. S. 35.

2) Ztschr. IV. S. 414 d, und dagegen Birkmeyer Ztschr. V. S. 154 ff.

3) Ztschr. VI. S. 277. 4) Arch. 68, S. 294/5; die dortigen Bemerkungen enthalten nach anderer Richtung hin sehr Zutreffendes.

Digitized by Google

1) Es ist ein von ihm selbst[1]) mit Recht hervorgehobener Erfahrungssatz, daß es auch ohne richterliche Geltendmachung der Unzuständigkeit, im amtsgerichtlichen Prozeß wegen derselben sehr selten zu einer vorbehaltlosen Einlassnng vor einem unzuständigen Gericht kommen wird, ohne daß der Beklagte die Unzuständigkeit des Gerichtes kannte. Wenn aber dieser Fall ein in praxi seltener ist, dann war es wohl um so weniger bedenklich, für denselben einen Rechtssatz aufzustellen, der mit der sonstigen Kompetenzordnung in einem nicht zu leugnenden Widerspruch steht und so für Ausnahmsfälle ein jus singulare zu schaffen.

2) Für diese seltenen Fälle war aber die legislative Regelung durch eine besondere Kompetenznorm entschieden vorzuziehen mit Rücksicht auf die nach Birkmeyer daraus hervorgehende Konsequenz hinsichtlich der Zulässigkeit einer Widerklage.

3) Was aber meines Erachtens vollends den Gesetzgeber zu einer Kompetenznorm bestimmen mochte, ist folgender Punkt. Durch die historische Entwicklung war uns der Satz gegeben, daß diejenige Zuständigkeitsordnung, innerhalb welcher die Parteivereinbarung Platz greifen kann, keine derartig hohe Bedeutung mehr haben sollte, daß der Mangel der Kompetenz auch dann noch irgendwie in Betracht käme, wenn einmal die betreffende Partei mit ihrer Rüge definitiv ausgeschlossen ist. Meines Erachtens mit weiser Mäßigung hat nun das Reichsrecht diesen Satz nur für den Fall zugleich vorliegenden, vollendeten Eintritts in den Prozeß, nicht bei bloßem Nichtgebrauch der Einrede adoptiert. Alles dies nimmt auch Birkmeyer an. That aber der Gesetzgeber dies, so mußte er einem bis dahin unzuständigen Richter ausdrücklich die Befugnis erteilen, unangefochten und rechtsgiltig in der Sache weiter zu prozedieren. Dies konnte er allerdings ebensowohl ohne, als durch eine Kompetenznorm erreichen. Birkmeyer scheint nun anzunehmen, daß nur darin eine Abweichung von der Kompetenzordnung liegt, wenn ein mit den sonstigen Kompetenzgründen nicht harmonierender Thatbestand zum Kompetenzgrund erhoben wird. Allein ich behaupte, daß die eine, wie die andere legislative Regelung eine Abweichung von der Kompetenzordnung ist. Jedenfalls ist dies richtig, wenn man unter Kompetenzordnung nicht bloß die Kompetenzregulierung d. h. Verleihung von Zuständigkeit aus gewissen, althergebrachten Gesichtspunkten versteht. Zur Zuständigkeitsordnung im weitern Sinn gehört auch der

1) Das Verh. S. 16 Nr. 42, 2.

Digitized by Google

Rechtssatz, daß nur ein zuständiges Gericht sich mit der Sache befassen, in derselben ein Urteil fällen kann. Denn dieser Satz geht doch unmittelbar aus der Zuständigkeitsordnung hervor, nur ihn meint man, wenn man von einer durch irgendwelche Offizialprüfung aufrecht zu erhaltenden Zuständigkeitsordnung spricht[1]). Nun entfernte sich entweder der Gesetzgeber von diesem wichtigen Grundsatz, welcher der Zuständigkeitsordnung erst ihre wahre, bestimmte Gerichte ausschließende Bedeutung gibt, indem er auch einen unzuständigen Richter zur Sachentscheidung ermächtigte, oder er weicht von dem durch die einzelnen Kompetenzgründe der §§ 13—38 gebildeten, in sich abgeschlossenen System derselben ab, wenn er einem Richter, der durch keinen gesetzlichen Kompetenzgrund, durch keine Parteivereinbarung bezeichnet ist, auf Grund eines lediglich prozessualen Thatbestandes Zuständigkeit verleiht. —

Mir scheint, daß letztere Statuierung vorzuziehen war. Daß damit der Gesetzgeber mit seiner Kompetenzordnung im engern, eigentlichen Sinn, mit seiner sonstigen Kompetenzregulierung in Widerspruch trat, ist zuzugeben. — Aber abgesehen davon, daß durch Statuierung einer Kompetenznorm die oben angedeutete, praktische Inkonvenienz vermieden blieb, wurde dadurch auch der Rechtssatz betont, der nicht von allen neuern Gesetzgebungen festgehalten wurde, daß nur ein zuständiges Gericht in der Sache urteilen soll. Unter-

1) Birkmeyer bemerkt, d. Verh. S. 36 N. 90: „Daß unter Umständen auch ein unzuständiger Richter giltig prozedieren und judizieren könne, anerkennt nicht nur das französische und gemeine Recht . . . ., sondern auch die Motive zu §§ 38—40 vv." „Hat das Gericht seiner Unzuständigkeit ungeachtet . . ." (jetzt bei Hahn, Mater. II. 1, S. 162). — Allein dagegen muß ich doch Folgendes bemerken. Wenn man im gemeinen Recht annahm, ein unzuständiger Richter könne nach Präklusion des Beklagten giltig weiter prozedieren, und müsse es thun, so war dies eine ganz irrige Ansicht (unten S. 192). Birkmeyer bemerkt selbst mit Recht (S. 62 eod. N. 167), daß man sich dabei sehr mit Unrecht auf die l. 2 § 1 D. de jud. (5, 1) berief. — Was dann das französische Recht anlangt, so ist allerdings richtig, daß hier die Unzuständigkeit den Richter nicht hindert, weiter zu prozedieren, wenn der Beklagte sein Rügerecht verloren hat. Warum aber? Offenbar deshalb, weil das französische Recht die Unzuständigkeit innerhalb gewisser Grenzen überhaupt nicht als ein Verbot an den Richter, sondern nur als Anlaß einer Prozeßdilatorie auffaßt; ist diese präkludiert, so ist der Richter — ob zuständig geworden oder nicht — jedenfalls nicht länger ablehnbar. — Aber dies ist doch gewiß nicht die deutschrechtliche Auffassung der Kompetenzordnung, wie Birkmeyer selbst durch Verteidigung einer Offizialprüfung (im strengern Sinne) annimmt.

Digitized by Google

schätze man nicht die Bedeutung einer Kompetenznorm gerade nach dieser Richtung, gerade für die in unserer Prozeßordnung nirgends ausdrücklich entschiedene Frage, ob der Richter seine Zuständigkeit vor der Sachentscheidung zu prüfen habe. Durch Aufstellung einer Zuständigkeitsnorm bekundete der Gesetzgeber deutlich seinen Willen, daß nur ein zuständiges Gericht urteilen soll. Darum wohl zog er es vor in § 39 von den Grundsätzen abzuweichen, nach denen er sonst Zuständigkeit verleiht[1]). Denn mit den übrigen Kompetenzgründen hat „diese lediglich aus Gründen prozessualer Zweckmäßigkeit und ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Streitsache aufgestellte“ [2]) Zuständigkeitsnorm nichts zu tun. Aber eine Kompetenznorm ist sie gleichwohl: wenn nämlich angesichts des Wortlautes des § 39 und des Umstandes, daß das Gesetzbuch nirgends ausdrücklich einen Unterschied aufstellt zwischen dem nach dieser Bestimmung mit der Sache befaßten Gericht und einem zuständigen Richter, an sich zweifelhaft sein muß, was der Gesetzgeber statuierte, hinsichtlich der beiden möglichen Auslegungen aber überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe gegen die bloße Judikationsbefugnis sprechen, so können wir wohl als Resultat dieser Erörterung bezeichnen: § 39 statuiert für den daselbst genannten Thatbestand Zuständigkeit des Gerichtes.

§ 7. Beschränkung dieser Kompetenznorm.

Durch die Erörterungen im vorhergehenden § wurde ein neuer Beweispunkt für das gegen die reine Präklusionstheorie angewendete argumentum a contrario gewonnen: weil den Gesetzgeber zur Zuständigkeitsnorm des § 39, die von der sonstigen Kompetenzordnung des geltenden Rechts abweicht, nur prozessuale Zweckmäßigkeitsgründe bewogen, diese aber Statuierung der Zuständigkeit erst von jenem bestimmten Moment an verlangten, so erwächst der Doktrin ein unbestreitbares Recht, die allerdings aufgestellte Kompetenznorm nicht weiter auszudehnen, als in § 39 expressis verbis von der gewöhnlichen Kompetenzordnung abgewichen wird. Andrerseits wurde gerade nach dem Vorgang

1) „Indem er das Gericht, welches er in abstracto für diese Streitsache unzuständig erklärt hatte, in concreto doch für dieselbe zuständig erklärte“, Birkmeyer, das Verh. 69. 2) So Birkmeyers Definition der dem unzuständigen Richter erteilten Judikationsbefugnis, Ztschr. V. S. 165.

Digitized by Google

Birkmeyers erklärt, die litiscontestatio als solche besitze nicht kompetenzbegründende Kraft. Erhob sie also der Gesetzgeber gleichwohl durch ausdrückliche Vorschrift zum Kompetenzgrund, so kann diese Vorschrift doch nur den Sinn haben: „weil und insoweit mit der litiscontestatio zugleich Präklusion der Einrede eintritt". Demnach machte der Gesetzgeber nicht die litiscontestatio als solche zum Kompetenzgrund, er stellte nicht den Rechtssatz auf: „Vorbehaltlose Einlassung schafft Zuständigkeit". Wenn er dies gethan hätte, dann hätte er allerdings die l. c. zum zuständigkeitsbegründenden Quasikontrakt erhoben und die Litiskontestationstheorie sanktioniert[1]). Freilich sprechen sich gewichtige Stimmen, wie Seuffert[2]), neuerdings auch Wach[3]) für diese Ansicht aus, als sei die litiscontestatio an und für sich durch § 39 zum Kompetenzgrund erhoben worden. Allein aus der Fassung des Gesetzes geht klar hervor, daß die mündliche Verhandlung zur Hauptsache nur insoweit Zuständigkeit begründen soll, als sie durch Fiktion einer Vereinbarung gleichgestellt ist d. h. prozessualer Zuständigkeitsgrund sollte dieser Vorgang nur insoweit sein, als durch denselben zugleich der Beklagte mit seiner Einrede definitiv präkludiert ist. Aus diesem Resultat werden sich aber sogleich wichtige Konsequenzen hinsichtlich der weitern Auslegung des § 39 ergeben.

Hieher gehört einmal die Frage, ob diese Zuständigkeit sich über den einzelnen Prozeß hinaus erstreckt. Zweifellos müßten wir dies bejahen, wenn der in § 39 aufgestellte Rechtssatz der von Seuffert vertretene wäre: „Vorbehaltlose Streiteinlassung schafft Zu-

---

1) Auch Fitting (Ztschr. VI. S. 293) meint, daß § 39 vbd. § 247, Abs. 3 „die der Litiskontestationstheorie entsprechende Satzung sei". — Aber die Prozeßordnung sagt nicht, die Einlassung sei eine Vereinbarung, sondern, eine Vereinbarung sei anzunehmen. — Die Litiskontestationstheorie ist doch die Ansicht, in der l. c. liege immer eine Vereinbarung; wie wäre dann ausnahmsweise Restitution möglich, mit welchem Rechtssatz Fitting in seiner Abhandlung sehr bald (eod. S. 257 N. 10) als mit einem feststehenden rechnet? cf. Birkmeyer, d. Verh. S. 56. 2) Komm. zu § 39, S. 46; wenn er nämlich bemerkt, „In Wirklichkeit stellt das Gesetz neben der Vereinbarung noch einen weitern Thatbestand als kompetenzbegründend auf", so meint er die l. c. als solche. Denn würde er annehmen, „Die l. c. als Präklusionsmoment", so müßte er die Konsequenz acceptieren, welche er S. 302, Bem. 11 verwirft. 3) In mehreren Stellen seines Handbuches, Bd. I., die bald einer genaueren Erörterung unterzogen werden. —

Digitized by Google

ständigkeit". Denn dann müßten wir annehmen, daß die im Laufe des Prozesses einmal begründete Kompetenz wie die durch irgend einen andern Kompetenzgrund entstandene, *den einzelnen Prozeß überdauert*, wenn derselbe etwa durch Zurücknahme der Klage aufhört. Allein hier macht sich der beschränkende Einfluß der Präklusionsvorschrift geltend. Die *Zuständigkeit aus § 39 kann*, weil nur im logischen Zusammenhang mit der Präklusion der Einrede statuiert, *nicht weiter reichen, als die den Beklagten im Verlauf des Prozesses treffende Präklusion*. Letztere aber wirkt selbstverständlich nur auf die Gestaltung des gegenwärtigen Prozesses. — Zu demselben Resultat über diese Frage gelangt auch der einzige Schriftsteller, der sich über dieselbe geäußert hat — Wach[1]). Er lehrt nämlich, daß die „stillschweigende Vereinbarung" des § 39 nur die Auslegung der auf diesen Prozeß beschränkten Wirksamkeit dulde und daher mit der Beendigung des Prozesses erlöschen müsse. Gewiß ist dem beizustimmen. Nur zeigt *Wach* darin keine sonderlich konsequente Anwendung des Prinzipes, welches er für die Auslegung des § 39 für maßgebend erklärt: „daß das Vereinbarungsprinzip, wenn auch nur fiktionsweise, durchgeführt werde, und daher für alle im Gesetz nicht ausdrücklich entschiedenen, hierhergehörigen Fragen nicht das Präklusionsprinzip, sondern nur das Vereinbarungsprinzip den Obersatz bilde" [2]). Nun ist aber doch die Frage nach der Tragweite der statuierten Rechtswirkung ganz gewiß auch eine hieher gehörige Frage und demnach müßte er sich für die Fortdauer der Zuständigkeit entscheiden, da die auf wirklicher Vereinbarung beruhende Zuständigkeit jedenfalls in der Regel bestehen bleibt, ob nun der Rechtsstreit in diesem Prozeß beigelegt wird oder nicht[3]). Wohl aber ergibt sich in Konsequenz des hier vertretenen Standpunktes, daß das Präklusionsprinzip auf die ihm entsprungene, exzeptionelle Zuständigkeitsnorm des § 39 zwar nie erweiternd, wohl aber immer beschränkend einwirken könne, die befriedigende Lösung.

Nicht anders verhält es sich aber mit der viel wichtigeren Frage, an deren Erörterung ich nunmehr trete — *das bestrittene Verhältnis des § 39 zur Beschränkung der Präklusionsnorm im Absatz 3 des § 247*. — Ist auch meine Entscheidung dieser Frage schon durch die prinzipielle Auffassung vorgezeichnet und be-

1) Handb. I. S. 509, III. 2) A. a. O. S. 506 oben. 3) Natürlich „nisi aliud actum est".

Digitized by Google

reits oben[1]) angedeutet, so wird es sich dennoch hier darum handeln, dieselbe ex professo und im Zusammenhalt mit den darüber aufgestellten Ansichten zu begründen.

Mit der herrschenden Lehre über die Beantwortung der Frage im Einklang, glaube ich doch, daß von derselben der Einwand nicht genugsam berücksichtigt wird: „Wie kann eine spätere restitutionsartige Vorbringung der Einrede möglich sein, wenn überhaupt durch die mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache Zuständigkeit eingetreten ist? Meines Erachtens die einzig richtige Antwort hierauf ist die: Wo an die vorbehaltlose Einlassung noch nicht die Fiktion der Vereinbarung geknüpft ist, da ist auch noch nicht Zuständigkeit eingetreten. In einem solchen Fall darf der Richter allerdings fortjudizieren, weil er die von dem Beklagten verlorene Einrede nicht selbst supplieren kann. Gelingt es aber dem Beklagten, später glaubhaft zu machen[2]), „daß er ohne sein Verschulden[3]) nicht im Stande gewesen sei, dieselbe vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen", so zeigt sich eben ex post, daß die Zuständigkeit noch nicht eingetreten war. Wenn umgekehrt die Glaubhaftmachung nicht versucht wird oder nicht gelingt, so zeigt sich hinterher, daß die Fiktion und die mit ihr verbundene Zuständigkeit wirklich eingetreten ist. —

Noch gilt es, bevor ich in die Erörterung der Kontroverse eintrete, auf eine wichtige Konsequenz der hier vertretenen Ansicht aufmerksam zu machen: wenn nämlich die spätere Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede trotz der Norm des § 39 in der ersten Instanz ausnahmsweise zulässig ist, so muß eine Nachholung in derselben Weise nach § 490, Abs. 1 auch in der Berufungsinstanz statthaft sein. Und für das Revisionsverfahren ist diese Möglichkeit nur deshalb ausgeschlossen, weil die zur Restitution des § 247, Abs. 3, also nach § 529 auch hier erforderliche Glaubhaftmachung doch irgend welche Thatsachen zum Gegenstand hätte, neues thatsächliches Vorbringen aber in der Revisionsinstanz nach § 524 prinzipiell ausgeschlossen ist. — Daß aber eine derartige Nachholung der Unzuständig-

---

1) S. 150. — 2) und 3) Die Glaubhaftmachung (C.P.O. § 266) entspricht der Bescheinigung des gemeinen Rechts. Bolgiano, Handbuch S. 530 ff.; Wach, Arch. 62, S. 382; Planck, Lehrbuch I. S. 364. Und was den Begriff des Verschuldens anlangt, so wird jedenfalls im Anwaltsprozeß auch culpa levissima die Restitution ausschließen. Sehr zutreffend Just, Arch. 68, S. 301. —

Digitized by Google

keitseinrede in der 2. Instanz möglich ist[1]), widerspricht keineswegs dem oben hervorgehobenen Grundgedanken, daß durch § 39 prinzipiell der Zuständigkeitspunkt zu Gunsten des einmal mit der Sache befaßten Gerichtes geregelt, die Möglichkeit späterer Anfechtung ausgeschlossen werden soll. Denn die Nachholung der unverschuldeter Weise versäumten Unzuständigkeitseinrede nach § 247, Abs. 3 und § 490, Abs. 1 bedeutet nicht Anfechtung wegen Unzuständigkeit, sondern Geltendmachung eines prozeßverzögerlichen Verteidigungsbehelfes vor erneuter Verhandlung. Darum kann auch diese Konsequenz nicht die Annahme unserer Ansicht als bedenklich erscheinen lassen.

Als communis opinio erscheint, wie schon bemerkt, die Ansicht, daß eine Nachholung der unverschuldeter Weise versäumten Unzuständigkeitseinrede möglich ist. Es wird dies nicht nur von Birkmeyer[2]) auf Grund seiner prinzipiellen Auffassung des § 39, sondern auch von der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Kommentatoren[3]) und von den meisten Schriftstellern, die sich über den Gegenstand geäußert, angenommen, so von Wach[4]), Fitting[5]), v. Amsberg[6]), Hellmann[7]), Just[8]), Bolgiano[9]), neuerdings auch von Weismann[10]) und Planck[11]).— Die entgegengesetzte Ansicht, daß durch § 39 eine derartige Restitution ausgeschlossen sei, wird vertreten von Bülow[12]), Seuffert[13]), Petersen[14]), jetzt vor allem mit neuer, sehr beachtenswerter Begründung von Wach, der auch in diesem Punkt seine frühere Anschauung geändert[15]).

Zunächst läuft die Begründung dieser Ansicht bei den drei er-

---

1) Für diese Möglichkeit v. Amsberg, Arch. 65, a. a. O.; Reichsgericht Entsch. in Civils. V. S. 428. Struckmann-Koch, Kommentar z. § 490. Bem. I. S. 526; für die Folgerichtigkeit der Ansicht auch Seuffert, Komm. S. 539, Bem. I.a zu § 490.

2) Das Verh. S. 15 ff.; Ztschr. V. S. 142. — 3) v. Wilmowski-Levy zu § 39, Bem. 1; Gaupp II. 64, I. S. 127; Endemann I. S. 294. Struckmann-Koch S 35 u. s. w. 4) Arch. 62, S. 382. 5) Gegen seine frühere Auffassung im „Reichscivilprozeß" S. 44, N. 2 — jetzt Arch. 63, S. 227; Ztschr. VI. S. 257, N. 10, S. 297. — 6) Arch. 65, S. 94 f.

7) Lehrbuch 127, 427. — 8) Arch. 68, S. 271 ff. 9) Insbesondere bei Grünhut Bd. 12, S. 603, Note 7a. 10) Dies ergibt sich wohl aus der Verbindung des § 39 mit § 247 auf S. 116 sub b) in Hauptintery. u. s. w.

11) Lehrbuch I. S. 92, N. 25 zu § 24 inf. Außerdem Francke, Ztschr. V. S. 470 ff.; Renaud ebenda S. 20. 12) Arch. 62, S. 42 N. 38, 39. 13) Komm. zu § 247, S. 302, Bem. 11. 14) Ztschr. III. S. 250; Komm. I. S. 414, 3a, S. 66. 15) Handbuch I. S. 506/7, N. 42, 44 zu § 43.

Digitized by Google

sten Vertretern derselben wesentlich darauf hinaus: daß § 39 für die exceptio fori eine lex specialis statuiere, die der für die prozeßhindernden Einreden statuierten lex generalis in § 247, Abs. 3 vorzugehen habe[1]); da die Zuständigkeit in § 39 ohne allen Vorbehalt statuiert sei, so könne von einer restitutionsartigen Nachholung der Unzuständigkeitseinrede überhaupt keine Rede sein. Aus der selbstständigen Hervorhebung in § 39 ergebe sich die abweichende Behandlung der Kompetenzfrage von den Bestimmungen des 3. Absatzes des § 247, meint Bülow; Petersen stützt sich ferner darauf, daß die praesumtio juris et de jure in § 39, weil vorbehaltlos aufgestellt, durch keinen nach § 247, 3 zu führenden Gegenbeweis des Nichtverschuldens entkräftet werden könne, vielmehr die bestimmte Fassung des Gesetzes jeden Gegenbeweis ausschließe. — Allein es wird doch unzweifelhaft sein, daß wenn der Gesetzgeber eine Rechtsvermutung mehr oder weniger zwingender Art aufstellt, er in einer andern Gesetzesstelle Ausnahmen statuieren kann, bei denen Gegenbeweis zulässig ist: und sollte auch beim Thatbestand des § 39 immer die Fiktion der Vereinbarung eintreten, so wäre doch auch gegen den durch Auferlegung einer Fiktion eingetretenen Nachteil Restitution, wie Planck bemerkt hat, an sich zulässig.

Demnach ist jedenfalls diesem Einwand gegenüber die Auslegung im Sinne der herrschenden Meinung zulässig[2]). Und mit einem sehr scharfsinnigen Argument hat auch Fitting[3]) dieselbe gestützt. Er beruft sich auf Abs. 1 des § 465, wo in Betriff jener Einrede trotz der Vorschrift des § 39 eine ausdrückliche Ausnahme für notwendig erachtet worden sei": — Verstehe ich ihn recht, so will er damit ungefähr Folgendes deduzieren: es müße nach dem Willen des Gesetzes § 39 durch § 247, Abs. 3 modifiziert werden; denn daß das Gesetz die beiden Vorschriften — § 247, Abs. 3 und § 465, Abs. 1 — von vornherein als maßgebend für die Interpretation des § 39 angesehen habe, — diesen Gedankengang, diese Absicht beweise der Um-

1) So namentlich Petersen, Ztschr. III. S. 250. „§ 39 enthält für diesen Fall eine besondere Vorschrift, durch welche die nachträgliche Geltendmachung der Unzuständigkeit ausgeschlossen ist". 2) Wir sind keineswegs genötigt, mit Leonhard (Ztschr. IV. S. 404) eine Antinomie anzunehmen, und deshalb dessen guten Rat zu befolgen: nach allgemeinen Grundsätzen über solche zu verfahren. Man soll, meint er, da der Wille des Gesetzgebers nicht erkenntlich, ihn aus legislatorischem Gesichtspunkt ergänzen, und zwar der Streiteinlassung die geringere Wirkung zuschreiben, also eine Restitution wie bei dem Verlust anderer Einreden zulassen. 3) Ztschr. VI. S. 297 N. 74.

Digitized by Google

stand, daß es der Gesetzgeber für notwendig erachtete, im § 465 die Einrede der Unzuständigkeit ausdrücklich zu erwähnen, was nicht notwendig gewesen wäre, wenn von vornherein § 39 als für die beiden Vorschriften maßgebend, also das umgekehrte Verhältnis angenommen worden wäre. Damit ist aber erwiesen, daß wenn in gewissen Fällen trotz vorbehaltloser Streiteinlassung noch Unzuständigkeit besteht, die dieselbe rügende Einrede nicht anders behandelt werden kann, als die übrigen prozeßhindernden Einreden. Dies ergibt sich einerseits unzweifelhaft daraus, daß § 247 keinerlei Ausnahme statuiert und daher von der Unzuständigkeitseinrede genau dasselbe gelten muß, was von den übrigen gilt. Andrerseits muß dies auch unzweifelhaft werden durch die Erkenntnis, daß mit der Unzuständigkeitseinrede und deren prozessualer Behandlung nur § 247 zu thun hat, also § 39 für die Unzuständigkeitseinrede keine lex specialis aufstellt. Letztere Gesetzesstelle enthält vielmehr nur eine Kompetenznorm [1]): aber fraglich ist eben, ob nicht diese Kompetenznorm den Streit dergestalt entscheide, daß durch die vorbehaltlose mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache jedesmal Kompetenz begründet werde. Denn wäre die Einrede nicht wegen Präklusion ausgeschlossen, sondern wegen eingetretener Zuständigkeit gegenstandslos geworden, so wäre § 247 überhaupt unanwendbar. Und um diese Frage: ob die Kompetenznorm des § 39 absolut, unbedingt zu verstehen sei oder nicht, dreht sich der Streit namentlich gegenüber den Ausführungen von Wach.

Es hängen dieselben enge mit der Anschauung zusammen, die er in seinem Handbuch an einem andern Ort [2]) über die Fiktionen aufstellt; der Gesetzgeber bezeichne durch die Fiktion, daß er diesen Grundgedanken als den maßgebenden für die Konstruktion behandelt

---

1) Von diesem gewiß richtigen Standpunkt aus ist es inkorrekt, wenn z. B. Bülow, Arch. 62, S. 42, N. 38 bemerkt: „die Bestimmung des § 39 führe dazu ....., die Inkompetenzeinrede abweichend von den übrigen prozeßhindernden Einreden zu behandeln". — Denn wenn ein Zuständigkeit begründender Vorgang vorliegt, so besteht die Einrede überhaupt nicht mehr, kann also auch nicht anders behandelt werden. — Andrerseits ist aber auch ein derartiges Argument, wie es Just (Arch. 68, S. 275) geltend macht, für die herrschende Meinung ganz überflüssig, weil meines Erachtens, wenn überhaupt nach der Streiteinlassung Unzuständigkeit bestehen kann, außer allem Zweifel ist, daß die Einrede so zu behandeln ist, wie die übrigen. 2) Bd. I S. 304/5; — gegen dieselbe neuerdings insbesondere Birkmeyer in der Rezension S. 205 ff. a. a. O.

Digitized by Google

wissen wolle, schließe daher jede Konsequenz aus einem abweichenden, etwa empirisch aus dem wahren Sachverhalt ableitbaren Prinzip aus". Wenn der Gesetzgeber aber sage, daß die vorbehaltlose Einlassung behandelt werden soll wie stillschweigende Vereinbarung über den Gerichtsstand, so folge daraus, daß der weitere Ausbau der Lehre nicht vom Präklusionsgedanken, sondern nur vom Vereinbarungs- oder Selbstunterwerfungsgedanken aus zu erfolgen habe[1]). Ferner: „Die Zuständigkeit ist eingetreten unerachtet mangelnden Willens, als wäre sie gewollt. Daraus folge, daß aus dem Mangel des Willens keinerlei Verteidigungsgründe entnommen werden dürfen, mithin die Einrede der Unzuständigkeit auch dann, wenn der Beklagte sie schuldlos versäumte, nicht nachgeholt werden kann. Das Gegenteil würde einen Widerspruch des Gesetzes mit sich selbst involvieren: die Bejahung der Zuständigkeit im Fall des § 39 und wiederum die Verneinung derselben im Fall des § 247, Abs. 3".

Das bisher Mitgeteilte veranlaßt, um daraus die Entscheidung der hier vorwürfigen Frage zu gewinnen, ein Eingehen auf jenes allgemeinere Problem. Hierüber nun Folgendes!

Dem Gesetzgeber ist die Fiktion nur die Form, in der er einen Rechtssatz ausspricht, weiter soll sie für uns nach seiner Absicht nicht maßgebend sein. Jedenfalls dürfen, was ja auch von Wach zugegeben wird — nicht alle Rechtswirkungen des fingierten Thatbestandes auf den wirklich vorliegenden übertragen werden[2]). Weil wir demnach nicht von vornherein argumentieren dürfen: „nach der Absicht des Gesetzgebers soll der eine Thatbestand genau und in allen Beziehungen dieselben Rechtswirkungen äußern, wie der fingierte", so müssen wir fragen: „welche werden übertragen? und die übertragenen in welchem Umfang?"

Für diese beiden nicht zu trennenden Fragen müssen wir irgend welche Anhaltspunkte besitzen. Diese Kriterien sind aber keine andern, als die sonst für die Gesetzesauslegung gebotenen: für die Frage: „welche Rechtswirkungen wollte der Gesetzgeber auf den heterogenen Thatbestand übertragen", ist es die ratio legis, die der Fiktion zu Grunde liegt. Und ebenso muß für die zweite Frage: „inwieweit soll eine bestimmte Rechtswirkung übertragen werden?" die Absicht des Gesetzgebers entscheidend sein, die sich nur aus der wissenschaft-

1) A. a. O. S. 506. 2) Darum die Definition bei Hofmann in der krit. Vjschr. Bd. 18 S. 523: „Die Fiktion ist nichts anders als juristische, teilweise Gleichstellung ungleicher Thatbestände". — Insbesondere Bülow, Arch. 62, S. 54, N. 47; Birkmeyer, das Verh. S. 25 N. 61a).

Digitized by Google

lichen Konstruktion der in Fiktionsform ausgesprochenen Rechtsnorm ergibt.

Mit Ersterem meine ich dies: wenn der Gesetzgeber einen Thatbestand mit einem andern vergleicht, so will er nur ganz selten alle Rechtswirkungen des fingierten Thatbestandes auf den wirklich vorliegenden übertragen. In jedem einzelnen Fall hat man zu prüfen: „warum stellt der Gesetzgeber beide Vorgänge gleich?“ und daraus ergibt sich dann, in welchen Beziehungen Gleichstellung beabsichtigt ist. Dies zeigt sich z. B. an § 296. Keineswegs in allen Beziehungen gilt die Versäumnis des Beklagten für die Rechtswelt als Erscheinen und Verhandeln, sondern nur in gewisser Beziehung. Es soll der Beklagte durch sein Ausbleiben nicht die Rechtsverfolgung des Klägers vereiteln können. Und da seine Mitwirkung im Prozeß entweder ein Bestreiten des Anspruchs oder ein Gestehen der Thatsachen wäre, so wird, weil er diese Mitwirkung versagt, von der Rechtsordnung jene Art derselben angenommen, welche für den Beklagten die ungünstigere ist. Die Fiktion des Geständnisses dient also im Wesentlichen nur zur Veranschaulichung des Rechtssatzes, daß für die Durchführung des Prozesses, für die richterliche Entscheidung, insbesondere für die Beweisfrage das Ausbleiben des Beklagten einem Geständnis des Klagefundamentes gleichstehe. Aber um dieses Rechtssatzes willen wollte und mußte der Gesetzgeber keineswegs alle Wirkungen einer aktiven Prozeßbegründung, wie sie sich in der Streiteinlassung vollzieht, auch für den Versäumnisfall gelten lassen. Welche Folgen er übertragen wollte, darüber entscheidet die Beantwortung der Vorfrage: „warum stellt der Gesetzgeber überhaupt das Ausbleiben dem Geständnis gleich“ — kurz es entscheidet die ratio legis.

Es ist auffallend, daß Wach, der die soeben berührte Frage prinzipiell ebenfalls verneint[1]), die zweite, wenigstens bei dem hier zu behandelnden Problem bejaht. Und doch kann hinsichtlich derselben

---

1) Dies geht hervor aus seinen Worten S. 304: „Der Schweigende wird nicht zum Redenden, Vereinbarenden, Einwilligenden. Daher sagt auch nicht das Gesetz, daß Schweigen Gestehen sei, sondern daß es behandelt werden soll als wenn gestanden wäre. Daraus folgt, daß die Übertragung der Rechtswirkung des einen Thatbestandes auf den andern nicht eine mechanische sein darf, sondern eine entsprechende sein muß, d. h. eine solche, welche der nicht fortzuschaffenden Thatbestandsdifferenz und ihrer unerachtet der Fiktion logisch notwendigen Beachtlichkeit entsprechen“.

Digitized by Google

die Sache nicht anders liegen. Wie ich diese zweite Frage verstehe, soll an einem unmittelbar hieher gehörigen Beispiel gezeigt werden. Ein Prorogationsvertrag reicht in seiner Wirkung, wenn nicht beim Abschluß desselben etwas anderes beredet wurde, offenbar über den einzelnen Prozeß hinaus. Er wird dadurch nicht aufgehoben, daß z. B. von den Parteien Abstand vom Prozeß vereinbart wird. Demnach dauert auch die Zuständigkeit des vereinbarten Gerichtes fort. Gilt dies auch von der nach § 39 begründeten Zuständigkeit eines Gerichtes? Mit Wach verneinten wir[1]) die Frage. Allein warum? Weil wir annehmen, daß die Rechtswirkung einer Vereinbarung (Zuständigkeit) nicht genau ebenso auf den Vorgang übertragen wird, der keine Vereinbarung ist, weil wir annehmen, daß eben aus der Verschiedenartigkeit des Thatbestandes auch Modalitäten in der Übertragung der Rechtswirkung sich ergeben müssen.

Um diese Frage handelt es sich aber auch hier, bei Bestimmung des Verhältnisses zwischen § 39 und § 247, Abs. 3. Hat man nämlich sich dafür entschieden, daß der Gesetzgeber von den verschiedenen, möglichen Rechtswirkungen einer Zuständigkeitsvereinbarung auf den Thatbestand des § 39 die weitaus wichtigste, die Zuständigkeit anwenden will, so ist weiter zu untersuchen: will der Gesetzgeber auf diesen Thatbestand Zuständigkeit in der gleichen Weise, gleich unbedingt übertragen? — In Konsequenz desselben Prinzipes wie oben, müssen wir die Frage verneinen. Wie nicht alle Rechtswirkungen des fingierten Thatbestandes auf den wirklich vorliegenden übertragen werden, so auch die wirklich übertragenen nicht in gleicher Weise nicht in gleich unbeschränktem Sinn. Warum sollte nicht auch n,ach dieser Richtung die Absicht des Gesetzgebers, die ratio legis entscheiden? Worin nun aber diese bestand, ergibt sich immer nur, — bei § 39 wie bei jeder andern Fiktion, — aus der wissenschaftlichen Konstruktion des wirklich vorliegenden Thatbestandes und der übertragenen Rechtswirkung zu einer der Fiktion entkleideten Norm.

An dem Rechtssatz, der in § 39 aufgestellt ist, ist die Fiktion der Zuständigkeitsvereinbarung unwesentlich. Dieselbe Norm hätte der Gesetzgeber ebensowohl in der Fassung aufstellen können, daß von dem fraglichen Prozeßstadium an angenommen werde, es habe der Beklagte im Bezirk des betreffenden Gerichtes seinen Wohnsitz. Damit will ich keineswegs gesagt haben, daß der in § 39 gebrauchte

1) Oben S. 169 f.

Digitized by Google

Ausdruck rein willkürlich gewählt wurde; er ist vielmehr — worauf noch zurückzukommen ist, — der beste, schicklichste, der gewählt werden konnte; aber gleichwohl nur eine Form, an die sich keinerlei Konsequenzen knüpfen hinsichtlich der Frage, die hier zu behandeln ist. Diese haben wir aus der ratio legis zu beantworten. Ratio legis konnte aber nicht die Annahme des Gesetzgebers sein, es handle sich hier in der That um eine Vereinbarung. Denn mit dieser Annahme ist es ja dem Gesetzgeber selbst nicht ernst. So kommen wir, wenn wir unsere prinzipielle Auffassung auf die hier zu erörternden Fragen anwenden, zu dem von Birkmeyer aufgestellten Resultat: „In § 39 will uns der Gesetzgeber nicht den Rechtsgedanken der Vereinbarung als die wissenschaftliche Basis aufzwingen“ [1]), — er verweist uns im Gegenteil hinsichtlich der Frage: „Inwieweit soll in § 39 Zuständigkeit statuiert werden“ auf die Antwort, die aus der Erfassung des Sachverhalts mit Sicherheit hervorgeht. Und diese ergibt hier Folgendes. Die vorbehaltlose Verhandlung zur Hauptsache ist jedenfalls ein Thatbestand, der in seiner Rechtswirkung durch die für alle Prozeßrügen geltende Präklusionsvorschrift normiert ist. Aber aus der Erkenntnis: „der Gesetzgeber hat einen bestimmten prozessualen Vorgang, welcher zugleich Präklusionsthatbestand ist, zum Kompetenzgrund erhoben“: ergibt sich unmittelbar als ratio legis: er hat dies gethan, weil dies ein Präklusionsthatbestand ist — und daraus wiederum: es soll Kompetenz statuiert werden, insoweit Präklusion eingetreten ist. —

Es könnte freilich die Wach'sche Auffassung wenigstens im einzelnen Fall richtig sein, dann nämlich, wenn sich irgendwie nachweisen ließe, daß der Gesetzgeber in der That die fragliche Bestimmung gerade an dieser Stelle, gerade in dieser Fassung gegeben habe, um damit für die übrigen, unentschiedenen Fragen ein maßgebendes Prinzip wie durch Fingerzeig anzudeuten. Hier aber wird der Nachweis dieses Zweckes dadurch ausgeschlossen, daß sich andere triftige Gründe auffinden lassen, die den Gesetzgeber bewogen, den § 39, wie und wo er ist, hinzustellen. — Es sprach für die Einreihung dieses Rechtssatzes gerade in dieser Fassung und gerade an dieser Stelle außer dem bereits oben [2]) angeführten Grund einmal ein historischer „der Vorteil einer Anknüpfung an überlieferte Rechtsvorstellungen“, wie Planck [3]) und ähnlich Bülow [4]) hervorgehoben haben, ferner der

1) In der zit. Rezension a. a. O. S. 207 f. 2) S. 99 f.
3) Lehrbuch I S. 92 N. 25. 4) Arch. 62, S. 44 f.

Digitized by Google

nicht zu unterschätzende „Vorteil, daß durch den Anschluß an den vereinbarten Gerichtsstand zugleich ausgesprochen wird, wann die Unzuständigkeitseinrede verzichtbar sei, was aus § 247 nicht zu ersehen ist“ [1]). — Wollte der Gesetzgeber die vorbehaltlose Streiteinlassung, insoweit sie zugleich Präklusionsmoment ist, zum Kompetenzgrund erheben, so stand dieser Kompetenzgrund, obwohl ein „gesetzlicher“, dennoch dem Kompetenzgrund der Parteivereinbarung in Bezug auf das Anwendungsgebiet gleich und insofern bedeutend näher, als sich unter dem äußerlichen Vorgang der Streiteinlassung in der That eine Vereinbarung vollziehen kann [2]). Daß aber die Streiteinlassung nicht an sich genügender Thatbestand, nicht selbständiger Kompetenzgrund werden sollte, zeigt doch deutlich die Anlehnung an den Gerichtsstand der Vereinbarung. Dies führt noch zu folgendem Beweisgrund.

Wir dürfen nicht vergessen, daß die Fiktion des § 39 erst durch § 247 als solche mit voller Sicherheit feststeht [3]). Würde nicht § 247 auf § 39 folgen, so könnte man immerhin § 39 als Präsumtion auslegen. Denn auch eine Präsumtion lautet derart wie § 39; der Unterschied zwischen ihr und der Fiktion ist nur der, daß bei der Fiktion der Gegenbeweis ausgeschlossen ist [4]); und hier erfolgt dieser Ausschluß des Gegenbeweises offenbar durch § 247 [5]). Aber unmittelbar ergibt diese Herleitung der Fiktion des § 39 aus der Präklusion des § 247 jene Beschränkung, die der Norm des § 247 überhaupt innewohnt und in dessen 3. Absatz ausgesprochen ist. Darum kann auch die mit der Fiktion unmittelbar verbundene Kompetenzbegründung nicht weiter reichen, als der Ausschluß des Gegenbeweises.

Ich glaube, daß gerade durch letztern Schluß sich unwiderleglich die Geltung des 3. Absatzes des § 247 gegenüber § 39 ergibt. Im Hinblick auf dieses Resultat möchte ich aber nicht einmal dem Gesetzgeber einen Vorwurf wegen inkorrekter Fassung des § 39 machen [6]).

---

1) Planck a. a. O. 2) Dazu noch zu vergl. Birkmeyer, d. Verh. S. 36. 3) Hierauf haben insbesonders Bülow, Arch. 62, S. 42 (verbis: „Einer solchen mit dem bloßen Wortlaut vielleicht vereinbaren Auslegung u. s. w.“) und Birkmeyer hingewiesen. Letzterer gegenüber v. Amsberg (Arch. 65, S. 79) in der Ztschr. V. S. 127. 4) Cf. Wach, Handbuch I. S. 302.

5) Cf. Birkmeyer a. a. O. S. 126: „§ 39 stellt im Beihalt des § 247 eine Fiktion auf“. 6) Wie das geschehen ist, insbesondere von Leonhard, Ztschr. IV. S. 404, der geradezu von „zwei schlechthin unvereinbaren Vorschriften“ spricht; ähnlich aber auch Fitting, Ztschr. VI. S. 304. und Just, Arch. 68, S. 273, 275. Und doch hat gerade Just den im Text genauer ausge-

Digitized by Google

Mit gleichem Recht oder vielmehr Unrecht könnte man dem Gesetzgeber einen Vorwurf machen, daß er durch die Fassung des § 39 die Auslegung dieser Stelle als Präsumtion offen gelassen habe. Beide Punkte werden eben hinreichend klargestellt durch § 247. Derselbe bezeugt uns einerseits, daß § 39 eine Fiktion ist, besagt uns andrerseits, inwieweit die Fiktion reicht, in welchen Fällen sie ihre Wirkung versagt. So ist zwar, wie Wach mit Recht lehrt, die Fiktion und darum auch die Gerichtsstandsvorschrift, einzig und allein in § 39 enthalten, inwieweit sie aber in § 39 enthalten ist, darüber entscheidet § 247.

Resultat ist folgender Rechtssatz: Zuständigkeit wird in den prorogierbaren Fällen auch durch die vorbehaltlose Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache begründet, insoweit dadurch nach den Bestimmungen des § 247 die Einrede präkludiert ist.

---

führten Beweis sehr zutreffend in Kürze angedeutet. „Aus der bloßen, durch Gegenbeweis entkräftbaren Präsumtion des § 39 ist im weitern Verfolg der gesetzgeberischen Arbeiten eine Fiktion geworden, welche lediglich unter der Voraussetzung eines unverschuldeten Irrtums ihre Wirkung versagt". Auch Bolgiano hat die widerspruchslose Fassung des Gesetzes verteidigt (Grünhut, Ztschr. 12, S. 603, N. 6a). Gegen Leonhard auch Birkmeyer, Ztschr. V. S. 143.

Digitized by Google

III. Teil.

Die Kompetenzprüfung insbesondere im Versäumnisfall.

Einleitung.

Es bedarf einer Rechtfertigung, warum ich die Frage, ob das Gericht und in welcher Weise seine Zuständigkeit zu prüfen habe, in den Bereich dieser Abhandlung ziehen zu müssen glaubte. Mit der im ersten und zweiten Teil erörterten Frage „Durch welches Handeln und Verhalten der Parteien entsteht Zuständigkeit?“ steht dieses Problem allerdings in keinem direkten Zusammenhang. Allein ein Zusammenhang besteht gleichwohl. Daß man in der Litteratur des Reichscivilprozeßrechtes beide Fragen zusammen behandelt, ja zum Teil vermengt hat, bietet schon eine, allerdings rein äußerliche Veranlassung, beide Gegenstände zusammen zu behandeln.

Wichtiger, entscheidend ist, daß sich aus der bisherigen Betrachtung der dispositiven Momente, welche Zuständigkeit begründen, bereits ein Resultat ergeben muß hinsichtlich der rechtlichen Bedeutung der Zuständigkeitsordnung, innerhalb deren dieser dispositive Faktor Platz greift [1]). Nun handelt es sich aber bei dem hier aufgeworfenen Problem doch im Wesentlichen um die rechtliche Bedeutung der Zuständigkeitsordnung. — In diesem Sinne also sind wir zur Erörterung der Frage nach der richterlichen Prüfung der Zuständigkeit veranlaßt; sie bietet überdies, was das geltende Recht anlangt, die vom praktischen Standpunkt weitaus wichtigste Konsequenz der bisher gepflogenen Betrachtungen [2]).

---

1) Ein Resultat, das ich genauer festzustellen suchte in § 1 des 3. Kapitels „Rechtliche Bedeutung der Zuständigkeit in prorogierbaren Fällen.“ S. 43 ff.
2) So mit Recht Fitting, Arch. 63, S. 229 und Birkmeyer, Ztschr. V. S. 124.

Digitized by Google

Man bezeichnet seit Alters den Hinweis darauf, daß das Gericht nach der zu Recht bestehenden Geschäftsverteilung zur Verhandlung des Streites nicht befugt sei, als Unzuständigkeitseinrede. Allein so alt auch diese Bezeichnung ist, so ist sie doch nach zwei Richtungen unzutreffend. Einmal, weil sich mit der Bezeichnung „Einrede", nach dem sonstigen, materiellrechtlichen Begriff die Vorstellung verbindet, es treffe den, der dieselbe geltend macht, alle Beweislast hinsichtlich derselben; sie ist aber auch unzutreffend deshalb, weil sie die Sache so erscheinen läßt, als ob die Bemängelung der Kompetenz immer ein vom Beklagten geltend zu machender Verteidigungsbehelf sei, völlig zu seiner Verfügung stehe. Beide unrichtigen Vorstellungen sind Ausflüsse der Prozeßeinredentheorie, d. h. „der einseitigen Behandlung der Prozeßvoraussetzungen vom Exzeptionenstandpunkt aus" [1]).

Weil nach beiden Richtungen der Ausdruck: „Einrede" die Gefahr schiefer, unrichtiger Auffassung in sich berge, hat Bülow in seiner Schrift über die Prozeßeinreden sich erklärt gegen die prozessuale Behandlung der Prozeßvoraussetzungen, insbesondere auch der der Zuständigkeit als „Einreden". — Indessen ist trotz dieser Bezeichnung, die wahre rechtliche Natur dieser prozessualen Gebilde nicht verkannt worden. Einmal in Bezug auf die Beweisfrage: es ist allgemein anerkannt, daß auch hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage, wenn dieselbe bestritten ist, von beiden Parteien nicht gerade allein diejenige die Beweislast trifft, auf deren Beweislast man wegen des Ausdrucks „Einrede" zunächst schließen möchte. Es wird namentlich in der neuern Doktrin durchaus anerkannt [2]), daß sich auch hinsichtlich des dilatorischen Verteidigungsmaterials die Beweislast nach den allgemeinen Begriffen von wahrer Einrede und Negation verteilt. — Eher wird dagegen die gedachte Bezeichnung zu einer falschen Auffassung darüber führen, ob nur der daran Beteiligte, der

---

1) So Planck, die Ausführungen Bülow's referierend, kritische Vjschr. XI. S. 175. 2) Allerdings vor Bülow seltener und auch insofern hatte Planck gewiß Recht, diese Lehre keine irrige, sondern eine unausgebildete, unentwickelte zu nennen (l. c. S. 178). Doch finden wir die klare Scheidung der Beweislast schon bei Seuffert, Kommentar z. bayr. Gerichtsordnung, II. S. 314 und Bolgiano, vergl. Darst. des gem. und bayr. Civilprozesses, S. 50 (cf. neuerdings bei Grünhut, XII. S. 598, N. 3); Bülow, Prozeßvor. S. 306 f. — Hellmann, Lehrbuch S. 495 am E. Weismann, Hauptintervention und Streitgen. S. 121, N. 37.

Digitized by Google

Beklagte, oder auch der Richter die betreffende Prozeßvoraussetzung zu prüfen hat. Wenn man den Ausdruck „Unzuständigkeitseinrede" überall anwenden will, und doch dabei anerkennt, daß in manchen Fällen der Richter selbst seine Unzuständigkeit geltend machen muß, so sieht man sich zu dem eigentümlichen Ausdruck genötigt, der Richter habe die Unzuständigkeitseinrede ex officio zu supplieren. — Eine Einrede nicht gegen den klägerischen Anspruch oder gegen die klägerische Rechtsverfolgung, sondern gegen seine eigene Judikatur! Die angemessenere Auffassung darüber ist wohl die, daß der Richter hier das Vorhandensein einer ex officio zu untersuchenden Prozeßvoraussetzung verneint und daher seine Befassung mit der Sache ablehnt.

So hat die nicht überall und in jeder Beziehung korrekte [1]) Bezeichnung „Unzuständigkeitseinrede" doch nicht die Erkenntnis verschlossen, daß diese Unzuständigkeitseinrede nicht immer Einrede hinsichtlich der Beweislast ist, und daß sie nicht immer bloß beklagtischer Verteidigungsbehelf ist. Jene Bezeichnung zu beseitigen, wäre außerdem, bei den absoluten, wie verzichtbaren Prozeßvoraussetzungen unangemessen, weil sie historisch gerechtfertigt ist. Mit Recht hat das Planck [2]) gegenüber Bülow hervorgehoben und die Beibehaltung angeraten, weil sie das Verständnis der mittelalterlichen Quellen vermitteln. — Hiefür, für die historische Bedeutung, welche die Auffassung der Prozeßvoraussetzungen als „Einreden" erlangt hat, wurde gerade in der bisherigen Darstellung ein Beispiel geliefert: mit der Anschauung, daß die Unzuständigkeit vom Beklagten selbst durch eine Einrede geltend gemacht werden müsse und daß diese verzichtbar sei, wo die Zuständigkeit prorogierbar — also mit der Behandlung der Zuständigkeitsfrage vom Exzeptionenstandpunkt aus, hängt, wie dargelegt wurde, die Entwicklung des modernrechtlichen Gedanken zusammen, der in § 39 ausgesprochen ist.

Überdies wäre die Beseitigung des Ausdruckes geradezu unmöglich, weil in Übereinstimmung mit den neuern Prozeßordnungen auch unser Gesetzbuch denselben aufgenommen hat; dieses spricht direkt von einer prozeßhindernden Einrede der Unzuständigkeit, ja es unterscheidet zwischen einer verzichtbaren und unverzichtbaren Unzustän-

---

1) Mit Recht nennt Wetzell, System, S. 479 oben die Unzuständigkeitseinrede „eine Einrede, die nur in seltenen Fällen eine wirkliche Einrede ist."

2) A. a. O. S. 180; ähnlich wie Bülow aber auch Seuffert, Kommentar, Bem. zu § 247, S. 299.

Digitized by Google

digkeitseinrede, eine doktrinäre Bezeichnung, über deren wahre Bedeutung ich mich bereits oben geäußert. Aber sicherlich hinsichtlich der „unverzichtbaren" Unzuständigkeitseinrede des Reichsrechts ist die einzig richtige Auffassung die, daß es sich hiebei um einen vom Richter in jeder Prozeßlage ex officio geltend zu machenden Mangel handelt; darum kann auch von einer Verteilung der Beweislast hier keine Rede sein. Diese zessiert hier, wie überall, wo ein überwiegendes, öffentliches Interesse die Erforschung der materiellen Wahrheit gebietet [1]).

Daß aber Prüfung der Zuständigkeit ex officio Platz greifen müsse, möchte man, ausgehend von dem Begriff der Kompetenz hinsichtlich aller Fälle annehmen. Denn Zuständigkeit bedeutet Recht und Pflicht eines Gerichtes zur Sachentscheidung; die Zuständigkeitsordnung besagt, welche Gerichte berechtigt sind, welche nicht berechtigt sind, in der Sache selbst ein Urteil zu fällen. — Allein von jeher spricht man von einer vom Beklagten geltend zu machenden Einrede, obgleich sich beide Gedanken in gewisser Beziehung ausschließen. Denn wenn der Richter überall seine Unzuständigkeit geltend zu machen hat, und die nicht vor sein Forum gehörige Sache abweisen muß, so bedarf es keiner Einrede und sie sinkt herab „zu einem Stichwort, welches den Richter an die Fortführung seiner Rolle erinnern soll" [2]). Allein der erstere, sich aus der Zuständigkeit ergebende Gedanke ist nicht in allen Prozeßrechten, wie wir sehen werden, hinsichtlich der durch Zuständigkeitsvereinbarung verschiebbaren Kompetenzordnung festgehalten worden — gegenüber dem Gedanken, daß aus der Unzuständigkeit des Richters sich ein Ablehnungsrecht des Beklagten ableite, und er dieses Recht, wie jedes Parteirecht selbst zu wahren habe. —

Die vollere Entfaltung des Begriffes verlangt freilich, daß auch der Richter Recht und Pflicht habe, eine Sache abzulehnen, zu deren Entscheidung er nicht berufen ist. Und so gelangen wir schon hier zu dem Satz: dadurch, daß die Unzuständigkeit des Gerichtes durch ein beklagtisches Ablehnungsrecht, durch eine Einrede geltend gemacht werden kann, hört daneben die sich aus dem Begriff der Zuständigkeit ergebende Ablehnungsbefugnis- und pflicht nicht auf. Ob und inwieweit vielmehr beide in der verschiebbaren Kompetenzordnung

---

1) D. h. im Offizialverfahren. cf. Birkmeyer, Ztschr. VII. S. 458.
2) Bülow, a. a. O. S. 308.

Digitized by Google

einander ablösen, wird im Lauf der folgenden Ausführungen dargelegt werden.

§ 1. Die prozessuale Behandlung der Zuständigkeitsfrage im römischen Recht.

Daß und warum der Kompetenzpunkt im Vorverfahren, in jure erledigt werden mußte, darüber ist durch die lichtvollen Untersuchungen von Bülow völlige Klarheit geworden [1]). Allein dieses Resultat wirft keinen Reflex auf die Frage, in welcher Weise, ob lediglich auf Antrag des Beklagten, die Erörterung der Zuständigkeitsfrage stattfand. Wenn Bülow sich hinsichtlich dieses Punktes dafür entscheidet [2]), daß die Zuständigkeit im römischen Recht eine nur auf Einspruch des Beklagten zu prüfende Prozeßvoraussetzung war, so kommt er damit in der Sache auf das zurück, wofür der Ausdruck „Prozeßeinrede" gebraucht wird, und bekennt sich zur Ansicht, daß es eine vom Beklagten zu erhebende Unzuständigkeitseinrede gab.

Zunächst muß ich feststellen, daß das römische Recht für die Rüge dieses Prozeßmangels keinen eigentlichen terminus technicus besaß. Wo in der justinianeischen Kompilation von einer praescriptio fori die Rede ist, — und solche Stellen sind zahlreich — ist damit immer die auf einen privilegierten Gerichtsstand gegründete, also eine ganz spezielle Art von Unzuständigkeitseinrede gemeint. Man nenne nur eine Stelle, in der die Unzuständigkeitseinrede im Allgemeinen genannt, als exceptio fori bezeichnet wird! Bülow hat den Satz aufgestellt: „Es gibt keine erst in judicio zu erledigende exceptio fori"; aber wir können denselben dahin erweitern, daß es überhaupt keine exceptio fori gab; d. h. für die Geltendmachung der Unzuständigkeit im Allgemeinen kennt das römische Recht keinen technischen Ausdruck.

Man hat dies bisher verkannt; nicht nur in der mittelalterlichen Doktrin, wo man der exceptio fori sogar einen Platz unter den exceptiones dilatoriae anwies, sondern auch in den neuern Darstellungen des römischen Civilprozesses. —

So führt Bethmann-Hollweg [3]) die praescriptio fori als die allgemeine Unzuständigkeitseinrede an, vor allen aber Wieding [4]),

---

1) Oben S. 100 ff. 2) S. 293, N. 45. 3) D. römische Civilprozeß II. S. 119. 4) Der justin. Libellprozeß S. 243; dagegen heißt es bei Keller-Wach, röm. Civilpr. (5. Aufl.) S. 241, N. 588 nur, daß im Vorverfahren „mancherlei Vor- und Nebenfragen zum Streite zu erwachsen pflegten, wie

Digitized by Google

der in dieser Beziehung lehrt, „daß die Inkompetenz in den Quellen, wo von ihrem prozessualen Vorbringen die Rede ist, durchgängig nur im Gewand einer vom Beklagten erhobenen oder zu erhebenden Einwendung, einer von ihm opponierten oder zu opponierenden Exzeptio oder Präskriptio erscheint." — Allein die zahlreichen Stellen, welche letzterer Schriftsteller hiefür anführt, handeln insgesammt von Gerichtsstandsprivilegien, hinsichtlich deren ja zugegeben wird, daß sie mittels der sogenannten praescriptio fori geltend gemacht werden konnten. Aber damit ist nicht der Ausdruck exceptio fori = Unzuständigkeitseinrede als quellenmäßiger nachgewiesen. Erst das kanonische Recht kennt ihn in dieser Bedeutung, d. h. als Kompetenzbemängelung im Allgemeinen.

Mir scheint dies nicht unwichtig. Wir dürfen wohl daraus, daß das römische Recht für die Unzuständigkeitseinrede, die doch eine der wichtigsten Prozeßeinwände des Vorverfahrens gewesen wäre, keinen besondern Namen hatte, schließen, es habe überhaupt keine Unzuständigkeitseinrede im Sinne des neuern Rechtes gegeben, deshalb weil die Zuständigkeit immer von vornherein Gegenstand der richterlichen Prüfung war. Diese Annahme ist freilich unvereinbar mit der von Bülow am Schlusse seines Werkes[1]) geäußerten, es sei die Zuständigkeit nur auf Einspruch geprüft worden. Allein diese seine Ansicht ist wohl auch unvereinbar mit dem, was er hinsichtlich des Kompetenzpunktes durch viele Quellenstellen belegt:[2]) daß der Prätor selbst seine Kompetenz prüfen mußte; daß er, wenn inkompetent, keinen Akt der Rechtspflege vornehmen durfte; daher denegatio actionis verfügen mußte; daß in den Volksgesetzen bestimmt worden sei, ein magistratus dürfe in den nicht zu seiner Jurisdiktion gehörigen Sachen keine Klage erteilen; unvereinbar ist sie auch mit den Äußerungen, durch welche er die absolute Natur der meisten Prozeßvoraussetzungen belegt:[3]) — „der vor einer nicht richterlichen Behörde, vor einem inkompetenten, nicht prorogierten Gericht geführte Civilprozeß ist unter allen Umständen unzulässig, nichtig und hinfällig, mag der Beklagte ihn gelten lassen oder nicht, das Gericht hat nicht abzuwarten, ob der Beklagte jenen Mangel rügt." —

---

z. B. über die Kompetenz des Magistrates." Auch Wetzell, System S. 478, deutet an, daß die exceptio judicis incompetentis im röm. Recht nicht gerade so geheißen habe. 1) S. 293, N. 45. 2) 87 ff. 3) S. 303.

Digitized by Google

Völlig unerklärlich ist mir, daß Bülow seine Ansicht, die Zuständigkeit sei nur auf Einspruch geprüft worden, mit der Möglichkeit einer prorogatio fori begründet. — Wenn der Richter nach römischem Recht außerhalb der Grenze seiner Zuständigkeit nichtig prozedierte, so war es wahrlich für die daraus sicher hervorgehende Notwendigkeit der Zuständigkeitsprüfung durchaus irrelevant, ob unter den Gründen, die ihn zum zuständigen machen, auch der Kompetenzvertrag sich befindet: [1]) man müßte denn annehmen, es überhebe nach römischem Recht die prorogatio fori den Richter deshalb der Kompetenzprüfung, weil sich eine solche immer dann vollziehe, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, sich auf den Streit einläßt. Diese oben S. 101 f. bekämpfte Ansicht teilt aber Bülow nicht; sonst würde er sich nicht gegen die Ansicht von Reatz erklärt haben [2]), es liege in der litiscontestatio immer eine Begründung der Kompetenz. —

Meines Erachtens folgt daraus, daß die römische Gerichtsverfassung und Kompetenzordnung auch die Macht der einzelnen Magistrate begrenzen sollte [3]), daß sodann das Urteil eines inkompetenten Richters nichtig ist, und daß endlich das römische Recht gar keinen Namen für jene vermeintliche Unzuständigkeitseinrede hatte, — mit großer Sicherheit, daß der Richter, obwohl die Zuständigkeit innerhalb gewisser Grenzen eine dispositivnormierte Prozeßvoraussetzung war, ihr Vorhandensein von Amtswegen prüfen mußte [4]). Hiemit stimmen aber auch die Quellenstellen durchaus überein.

Freilich scheint zwischen denselben ein gewisser Widerspruch zu bestehen; einerseits geht aus der l. 20 D. de jur. (2, 1) (Paulus, l. 1 ad ed.) klar hervor, daß man den Geboten eines örtlich oder sachlich unzuständigen Richters (jus dicenti extra territorium — supra jurisdictionem) ungestraft den Gehorsam verweigern dürfe, und

---

1) So mit Recht Birkmeyer, Ztschr. VII. S. 485 „Soweit das Gesetz eine prorogatio fori überhaupt zuläßt, ist allerdings eine Prüfung der Zuständigkeit von Amtswegen dann nicht weiter nötig, sobald feststeht, daß die Parteien übereinstimmend des Willens sind, das Gericht als für den Prozeß zuständig gelten zu lassen; wohl aber bis dies feststeht und sobald das Gegenteil feststeht." — Ähnlich Seuffert, Komm. Bem. 11 zu § 247, S. 302. — 2) Bülow a. a. O. S. 94, N. 26; jetzt auch Arch. 62, an versch. Stellen, so S. 53, Nr. 2. — 3) Brackenhoeft, Erörterungen, S. 267, N. 8. — 4) Für eine Offizialprüfung der Kompetenz auch Karlowa, der röm. Civilprozeß zur Z. d. Legisaktionen, S. 345. —

Digitized by Google

aus l. 53 § 3 D. de re jud. (42, 1) ergibt sich, daß es ihnen gegenüber zu keiner contumacia kommen könne; — andererseits wird von Paulus (l. 1 ad ed.) in l. 2 pr. D. 2, 5 sowie von Ulpianus in l. 5 D. de jud. (5, 1) betont, man müsse, wenn vor den Prätor oder vor eine andere richterliche Behörde geladen, erscheinen, damit dieser selbst über seine eigene Zuständigkeit entscheide.

Überwiegend wurde in der gemeinrechtlichen Doktrin [1]) angenommen, es sei in den beiden ersten Stellen die Regel ausgesprochen, daß man nicht erscheinen müsse, in beiden letztern Stellen die Ausnahme: nämlich in den Fällen, in denen nur ein Gerichtsstandsprivileg die Zuständigkeit des gewöhnlichen Richters ausschließe, müsse der Geladene selbst erscheinen, um seinen befreiten Gerichtsstand darzulegen. Man suchte also auch hier Erklärung und Versöhnung scheinbar widersprechender Quellenstellen durch jene bereits oben [2]) bekämpfte Unterscheidung zwischen den Fällen, in denen die Zuständigkeit des Gerichtes durch die gewöhnliche Zuständigkeitsordnung ausgeschlossen ist, und jenen Fällen, wo nur ein Gerichtsstandsprivileg entgegensteht. Wie man hinsichtlich der Fälle, in denen es sich um ein derartiges Privileg handelt, annahm, der außergerichtliche Vertrag wirke bereits Prorogation, so auch, daß der nur durch ein verzichtbares Privileg in seiner Gerichtsgewalt gehemmte Richter dieselbe üben könne, wenn ihm gegenüber das Ablehnungsrecht nicht geltendgemacht werde — beides im Gegensatz zu den Fällen eigentlicher Unzuständigkeit. Allein gleich unzuständig ist das Gericht in dem einen, wie in dem andern Fall [3]) und schon deshalb kann ich mich dieser Auffassung über das Verhältnis der beiden Stellen nicht anschließen. — Die Sache verhielt sich wohl folgendermaßen. Schon die private in jus vocatio des ältern Rechtes kennt persönliche, zeitliche und örtliche Beschränkungen [4]). Aber auch die Vorladungsbefugnis des magistratus ist an und für sich an gewisse Voraussetzungen, namentlich an örtliche Beschränkungen ge-

---

1) So von Mysinger, Glück, Wetzell in den unten S. 194 angef. Stellen; Heffter im System, 2. Ausg. S. 194, N. 106; prägnant auch Brunnemann, tractatus jurisd. de proc. c. 3 de citat. „Si citatus privilegio munitus, tenetur comparere et privilegium allegare; si vero jurisdictio non sit communi jure fundata, impune non paretur." 2) S. 72 ff. 3) Zu vergl. Wieding, Libellprozeß, S. 245, „der durch das Privilegium denn doch inkompetente Magistrat." — 4) Über dieselben Keller-Wach, röm. Civilprozeß § 46 S. 217.

Digitized by Google

knüpft [1]). Der Prätor, wie jeder andere römische Gerichtsbeamte hat seine Zuständigkeit ex officio zu prüfen, ob nun der Beklagte erscheint, oder ausbleibt. Wenn er erscheint, nach dem oben Gesagten; wenn er nicht erscheint, nur um so mehr; denn es wäre doch eine große Unbilligkeit gewesen, das strenge Kontumazialverfahren des ältern Rechtes gegen einen Ausbleibenden einzuleiten, bevor sicher festgestellt war, daß er hätte erscheinen sollen, d. h. bevor die aus der Zuständigkeit des Gerichtes sich ergebende Defensionspflicht eben durch den Nachweis der Zuständigkeit des Gerichtes in concreto festgestellt war. Andrerseits hat der Beklagte, der in jus vocatus oder vom Richter selbst Geladene [2]) die demselben obliegende Prüfung seiner Zuständigkeit dadurch zu erleichtern, daß er selbst erscheint, namentlich, wenn ein exzeptioneller Grund der richterlichen Unzuständigkeit etwa durch ein jus revocandi domum gegeben ist — „venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictio eius sit“ [3]). Thut dies der Beklagte nicht, so wird zwar dadurch keineswegs der Standpunkt des Richters in der Beurteilung der Zuständigkeit irgendwie verrückt, aber abgesehen davon, daß der Säumige Gefahr läuft, es möchte dem Kläger gelingen, den Richter von seiner Zuständigkeit zu überzeugen, zieht er sich wegen dieser Verletzung des richterlichen Ansehens eine Strafe zu, die verschieden abgemessen ist „pro jurisdictione judicis.“ — Ist es vollends der Prätor, dessen Ladung oder Gebot unbeachtet blieb, so kann er — nicht so die magistratus municipales [4]) — eine actio poenalis gegen den Ungehorsamen gewähren. — Aber von einer contumacia kann nur dem zuständigen Richter gegenüber die Rede sein [5]); ja selbst die Strafe, die denjenigen trifft, welcher vor dem unzuständigen Richter nicht erscheint,

---

1) Anwesenheit des Beklagten im Jurisdiktionsbezirk des kompetenten Richters; für die Edikte des Prätors eine vorausgegangene in jus vocatio, die wiederum nur gegen Anwesende oder Domizilierte vorgenommen werden kann. 2) Es ist bestritten, ob l. 2 pr. D. 2, 5 von der ältern privaten Ladung (über diese Keller-Wach, a. a. O. S. 216) oder von der richterlichen Ladung zu verstehen ist. Darüber Hartmann, d. röm. Contumazialverfahren S. 167. 3) cf. Brackenhoeft, a. a. O. S. 217. 4) Nur auf diese bezieht sich nach Lenel (Ztschr. für Rechtsgesch. II. rom. Abt. S. 19 ff.) die l. 20 D. 2, 1, indem der Ausdruck territorium von ihren Amtsbezirken gebraucht wird. 5) „Die Inkompetenz hinderte den Magistrat Kontumazialverfügungen (l. 2. § 2 D. 2, 5; l. 6 C. 3, 13) und Enderkenntnisse (l. 4 C. 7,

Digitized by Google

um den Kompetenzpunkt aufzuklären, wird erst von dem zuständigen Richter verhängt. Sie ist, wie Planck[1]) bemerkt, nicht ein Nachteil in der Sache selbst, sondern, — fügen wir hinzu —, trägt den Charakter einer Ordnungsstrafe. —

§ 2. Behandlung der Frage im gemeinen Recht.

Das gemeine Recht war hinsichtlich der Frage: „wie hat das Gericht seine Zuständigkeit zu prüfen, insbesondere im Versäumnisfall?" — im Grunde nur auf die Lehren des römischen Rechtes, auf die dort gegebenen Entscheidungen angewiesen, wenn auch in technischer Beziehung die Einrichtung des Prozesses vielfach eine andere geworden war. Allein gerade im Zusammenhang mit der veränderten Auffassung der prorogatio fori bildeten sich namentlich hinsichtlich des Verhältnisses der contumacia zur Zuständigkeitsfrage die verschiedensten Ansichten. Darum nannte man auch in der Kommission zur Ausarbeitung eines neuern Gesetzentwurfes[2]) die Frage mit Recht eine im gemeinen Recht hervorgetretene Kontroverse.

Nach justinianeischem Recht vollzieht sich die Einleitung des Rechtsstreites durch die Übergabe des libellus conventionis von Seite des Klägers. Die hierauf erfolgende Verfügung des Richters entscheidet über Zulassung oder Abweisung der Klage; und unter den Gründen der richterlichen actionis denegatio ist selbstverständlich auch der zu denken, daß sich bereits aus der Klageschrift die Inkompetenz des Gerichtes ergeben hat[3]).

Die gemeinrechtliche Doktrin dagegen stellte es im Allgemeinen in das Belieben des Richters, auf die Klagestellung hin wegen klar vorliegender Inkompetenz die Klage abzuweisen, oder aber, weil der Richter ja doch durch Prorogation zuständig werden könne, anzunehmen und dem Beklagten mitzuteilen; — so Renaud[4]), Bayer[5]), Osterloh[6]). — Dagegen lehrt Martin[7]): „Findet

---

48) gegen den ihm nicht unterworfenen Beklagten abzugeben oder abgeben zu lassen" — Wieding, Libellprozeß S. 245. 1) Lehrbuch I. S. 89. —

2) Dr. Pape, als Referent in der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes einer Civilprozeßordnung für die Staaten d. nordd. Bundes, — cf. v. Amsberg, Arch. 65, S. 67. — 3) cf. Bethmann-Hollweg, der röm. Civilprozeß III. S. 248. 4) Lehrbuch S. 98. 5) Vorträge, S. 247, S. 555 f. 6) Der ordentl. bürgerl. Prozeß II. S. 46. 7) Vorlesungen II. S. 135. —

Digitized by Google

das Gericht, daß es unzweifelhaft für den einzelnen Fall inkompetent ist, so muß es, ohne tiefer in die Sache einzugehen, seinerseits eine absolutio ab instantia beschließen, weil jede weitere Verfügung wegen seiner Inkompetenz null und nichtig sein würde." — Aber doch lehrte man überwiegend, der Richter sei zur Abweisung der Klage nur dann verpflichtet, wenn er überhaupt keine Jurisdiktion in dieser Sache besitze, also auch durch Prorogation nicht zuständig werden könne [1]). Die Abweisung der Klage wegen Inkompetenz, welche unter der Bezeichnung „von hier" zu erfolgen pflegte, ist kein Urteil in der Sache, sondern ein richterlicher, der actionis denegatio entsprechendes Dekret, durch welche das Gericht wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung die Befassung mit dem beabsichtigten Prozeß ablehnt.

Hat nun das Gericht auf die Klage hin wirklich Ladung ergehen lassen, so wird die entscheidende Frage die: „Hat das Gericht auch beim Ausbleiben des Beklagten seine Zuständigkeit zu prüfen?" — Eine ältere Ansicht verlangte mindestens schriftliche Anzeige des die Zuständigkeit ausschließenden Grundes oder, wie die sächsische Praxis, eigenes Erscheinen des Beklagten vor Gericht, — in den Fällen, in denen die Zuständigkeit zweifelhaft sei, weil in dem entgegengesetzten Verhalten eine Verachtung des Richters und eine Schädigung der Gegenpartei liege [2]).

Die richtige Auffassung des römischen Rechts, die Würdigung der Bedeutung, die es der Zuständigkeitsordnung beimißt, hätte meines Erachtens zu dem Ergebnis geführt, es sei im kontradiktorischen Verfahren, wie im Versäumnisfall die Zuständigkeit ex officio zu prüfen. — Wo nämlich die Zuständigkeit eine derartige Prozeßvoraussetzung ist, daß ohne ihr Vorhandensein das Prozedieren nichtig ist, da muß der Richter immer und überall seine Zuständigkeit prüfen, zur Vermeidung von Nichtigkeiten. Nun war aber nach gemeinem Recht, wie gezeigt

---

1) Zu vergl. Binde, Lehrb. (7. Aufl.) S. 260, § 198 „Abweisende Dekrete sind nur dann zulässig, wenn der Mangel bei Aufrechterhaltung der Klage nicht hinlänglich gehoben werden kann." — 2) Diese Ansicht referiert Lauterbach, Collegium theoret.-pract. ad Pand. l. II. tit. 5, § 3: haec autem regula, qua dicitur vocatos debere comparere in l. 2 ampliatur, etiamsi dubitetur an competens sit judex, ad quem vocatus est; nam alias jus partis laedit et praetoris auctoritatem contemnit . . . . in foro Saxonico non sufficit hanc exceptionem scripto oponere.

Digitized by Google

wurde, die Zuständigkeit in der That eine derartige Prozeßvoraussetzung und auch das Kontumazialerkenntnis des unzuständigen Richters konnte mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffen werden. — Allein freilich diese konsequente Behandlung der Zuständigkeitsfrage finden wir im gemeinen Recht fast nirgends ausgesprochen[1]).

Zur Erklärung dieser Erscheinung ist vor allem daran zu erinnern, daß der Prozeß des gemeinen Rechtes vollkommen unter der Herrschaft der Dispositionsmaxime stand; schon deshalb war man keineswegs geneigt, einen Punkt als einen ex officio zu berücksichtigenden zu erklären, hinsichtlich dessen man überdies die Möglichkeit einer dispositiven Normierung mit der Verzichtbarkeit verwechselte. Demnach konnte die Forderung, es solle der Richter immer und überall seine Zuständigkeit prüfen, nicht aufkommen; aber eine konsequente Durchführung der richtigen Ansicht hätte eigentlich dazu führen müssen, daß der Richter auch nach Präklusion der Partei mit ihrer Einrede seinerseits noch die Unzuständigkeit geltend machen könne. Denn daß das römische Recht diesen Satz nicht gekannt, beruht doch in erster Linie darauf, daß im ältern Prozeß der judex in der formula eine Anweisung erhielt, die er ohne Prüfung ihrer Berechtigung auszuführen hatte — ein Grund, der im gemeinen Recht weggefallen war. — Freilich lehrte man im gemeinen Recht, der Richter müsse nach verwirkter Einrede des Beklagten fortprozedieren. Allein man berief sich hiefür auf eine Stelle, die den Satz gewiß nicht beweist — auf l. 2 § 1 D. 5, 1. Diese Stelle handelt nämlich nicht von der Verpflichtung des Richters, seine Zuständigkeit zu prüfen, oder von einem bestimmten Zeitpunkt an nicht mehr zu prüfen, sondern, wie schon oben[2]) dargelegt wurde, von seinem Widerspruchsrecht gegen eine beabsichtigte Prorogation. —

---

1) Wohl aber von den neuern Prozessualisten: mit Recht sagt Fitting (Arch. 63, S. 223), „Es erhellt, daß nach gemeinem Prozeßrechte das Gericht jedesmal berechtigt und verpflichtet ist, seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen und daß es, wenn es sich als unzuständig erkennt, zur Verhütung unnötiger Kosten und möglicher Nichtigkeiten die Sache abweisen soll, es wäre denn, daß ihm gleich bei Einreichung der Klage die geschehene Vereinbarung über die Prorogation nachgewiesen wäre." 2) S. 10 f. Über die Stelle zu vergl. Birkmeyer, d. Verh. S. 62, N. 167. — Auch Fitting (Arch. 63, S. 240) bemerkt mit Recht, daß es den Grundsätzen des gemeinen, wie des römischen Rechts entspreche, daß das Gericht seine Unzuständigkeit aus-

Digitized by Google

Von dieser Auffassung der Zuständigkeitsfrage war man im gemeinen Recht freilich weit entfernt; wir können die hier aufgestellten Theorien betrachten als Ausfluß verschiedener Lehren, insbesondere der Prozeßeinredentheorie und der bereits oben erörterten Ansicht, daß in der Streiteinlassung oder in der Präklusion der Einrede jedesmal eine Zuständigkeitsvereinbarung liege. —

Die Prozeßeinredentheorie, welche die Auffassung der Prozeßvoraussetzungen lediglich als beklagtischer Einreden bedeutet, mußte hier zu folgender Argumentation führen: „die Unzuständigkeitseinrede ist in den Fällen, in denen der Beklagte wirksam prorogieren könnte, verzichtbar. Als solche wird sie vom Richter nach dem Grundsatz „ne judex eat ultra petita partium“ nicht ex officio geltend gemacht, vielmehr wie eine peremtorische Einrede präkludiert: es steht mithin der Judikatur des unzuständigen Richters nur ein Ablehnungsrecht entgegen, folglich kann er, wo dieses nicht geltend gemacht wird, den Prozeß auch gegen den ausbleibenden Beklagten wie ein zuständiger Richter durchführen.

An diese Ansicht, es sei die Unzuständigkeitseinrede zu präkludieren, weil sie eine Prozeßeinrede sei, grenzt die richtigere an: sie sei zu präkludieren, soweit sie eine Einrede sei, d. h wenn sie die Geltendmachung eines besondern, die an sich bestehende Zuständigkeit aufhebenden Thatumstandes bedeute. Und insbesondere diese Ansicht stützt sich auf die oben erörterten Stellen der justinianeischen Kompilation. — Man nahm an, daß die Unzuständigkeitseinrede namentlich dann eine wirkliche Einrede sei, wenn es sich um ein Gerichtsstandsprivileg handle. — Die dem Privilegierten zustehende praescriptio fori wird im Fall der contumacia immer präkludiert: nicht weil der Richter die Unzuständigkeitseinrede überhaupt zu präkludieren habe, und unbekümmert um seine Zuständigkeit judizieren dürfe, sondern weil der Kläger ihm zwar die Zuständigkeit beweisen müsse, aber dabei nach den gewöhnlichen Regeln über die Beweislast doch nicht das Nichtvorhandensein von exzeptionellen Ausschließungsgründen zu erweisen habe.

Letztere Ansicht unterschied demnach mehr oder minder folgender-

---

spreche und die Klage von sich abweise, so oft in irgend einem Stadium des Prozesses eine der Parteien, bewiese, daß wegen irrtümlicher Annahme der Zuständigkeit auf Seite des Klägers oder Beklagten eine Vereinbarung des Gerichtsstandes in der That nicht vorhanden. —

Digitized by Google

maßen: die Unzuständigkeitseinrede braucht der Beklagte nicht selbst vorzubringen, wo die Inkompetenz klar vorliegt, wo die Unzuständigkeitseinrede als rechtliche Gegendeduktion zu qualifizieren ist; wohl aber hat er sie geltend zu machen, wo sie wahre Einrede ist, d. h. auf einen besondern, die gewöhnlichen Entstehungsgründe ausschließenden Umstand hinweist. Wo endlich die Unzuständigkeitseinrede Negation wäre, d. h. Ableugnung der vom Kläger vorgebrachten Kompetenzbehauptungen, braucht der Beklagte insofern nicht zu erscheinen, als er mit dieser Negation nicht präkludiert wird: denn im gemeinen Recht war ja die Fiktion negativer Klagsbeantwortung Rechtens und wurde demnach dem Kläger Beweis für sein Vorbringen, also auch hinsichtlich der formellen Punkte auferlegt.

Letztere, nunmehr genauer dargelegte Ansicht wurde in der gemeinrechtlichen Doktrin schon frühe vertreten; zu ihr bekennt sich im Wesentlichen Mynsinger, der sich wiederum auf die Autorität der domini und des Johannes de Imola (scr. 1420) beruft, wenn er in obs. VII. c. VI lehrt: tres casus esse distinguendos und als dritten derselben anführt: tertius casus est, si sit probabile dubium, an vocatus a judice citante et excusari possit; tunc vocatus comparere et allegare debet suum privilegium.“

Außerdem gehören hieher Lauterbach [1]), Glück [2]), von den neuern Prozessualisten vor allem Wetzell [3]): gerade bei letzterem dringt, offenbar unter dem Einfluß von Bülows Schrift über die Prozeßeinreden deutlich die Ansicht durch, daß der Richter wohl immer seine Kompetenz zu prüfen habe, aber die Verteilung der Beweislast auch hier nach den Begriffen von Einrede und einfacher Negation sich verteile, daß die Zuständigkeit zwar immer ex officio zu prüfen ist, aber der Richter nicht veranlaßt ist, die materielle Wahrheit hinsichtlich dieser Frage à tout prix zu ermitteln.

Daneben sind aber jene Ansichten zu konstatieren und für die Erörterung des geltenden Rechtes bedeutsam, welche jegliche Prüfung der Zuständigkeit im Versäumnisfall verneinten; und zwar deshalb, weil hier die Prüfung als gegenstandslos hinwegfalle.

Dieselbe beruhte, wie schon oben angedeutet wurde, auf zwei

---

1) l. c. § 8: ab judicio poenali liberantur . . . . . 4) si incompetentia judicis est notoria. 2) Kommentar, III. S. 313 u. dazu N. 4. 3) System, S. 478 f.; cf. 544, 943.

Digitized by Google

verschiedenen Begründungen, die freilich im praktischen Resultat genau auf dasselbe hinaus laufen. Die eine Begründung ist im Wesentlichen die: die Unzuständigkeitseinrede wird, soweit sie verzichtbar ist, präkludiert; durch die Präklusion der Einrede aber, welche auch hier auf einen Verzicht zurückgeführt wurde, gelangte man zur stillschweigenden Vereinbarung über die Zuständigkeit, mithin zur Zuständigkeit des Gerichtes. — Daneben aber findet sich die Begründung, daß bei der Kontumaz die Prüfung der Zuständigkeit deshalb wegfalle, weil eine Streiteinlassung fingiert werde, in der Streiteinlassung aber eine stillschweigende Vereinbarung liege. — Beide Ansichten werden uns unter den Theorien des geltenden Rechtes wieder begegnen. — Die letztere Argumentation findet sich wohl am deutlichsten bei Martin [1]) ausgesprochen, wenn derselbe lehrt: „In den Fällen, in denen die Unzuständigkeit durch Prorogation des Gerichtes geheilt werden kann, muß man es als nötige Vorsicht betrachten, die Einrede der Inkompetenz geltend zu machen, damit nicht eine fingierte Einlassung und mit dieser zugleich eine stillschweigende Prorogation des Gerichtsstandes angenommen werde." — Ebenso hält Renaud [2]) nicht gerade die Präklusion der Einrede, sondern die Fiktion stattgehabter Prorogation für die Folge völliger Nichtbeachtung einer peremtorischen Ladung.

Diese Ansicht ist nach dem Obigen unrichtig, weil sie mit der vom gemeinrechtlichen Gesetzgeber nirgends statuierten Fiktion einer Vereinbarung argumentiert; sie ist es aber auch deshalb, weil sie der wirklichen Einlassung die fingierte gleichstellt. Nun hätte man aber mit der Fiktion der Streiteinlassung in Anwendung auf ein so verschiedenes Gebiet, wie die Kompetenzbegründung, nur operieren können, wenn das Gesetz wirklich und in allen Beziehungen die versäumte Streiteinlassung der wirklich vorgenommenen gleichgestellt hätte. Dies war aber nicht der Fall, sondern die Annahme geschehener Einlassung, wie sie sich in mehreren Reichsgesetzen allerdings findet, soll die Versäumnis nur hinsichtlich gewisser Beziehungen gleichstellen und durch diese Gleichstellung eine wirkliche Einlassung zur Prozeßbegründung entbehrlich werden. — Gerade der Fall, der im

1) Vorlesungen I. S. 297; im Widerspruch steht hiemit freilich seine oben angeführte Ansicht, bei klar vorliegender Inkompetenz müsse das Gericht eine absolutio ab instantia verfügen, weil jede weitere Verfügung nichtig wäre. — 2) § 43 (1. Aufl. S. 99). 2) § 43 (1. Aufl. S. 99).

Digitized by Google

geltenden Recht die Annahme einer gesetzlichen Fiktion geschehener Streiteinlassung im Versäumnisfall nahelegt, nämlich der Fall, daß trotz Ausbleibens des Beklagten eine rechtlich unbegründete Klage abgewiesen wird ohne darauf bezüglichen Antrag [1]), kann im gemeinen Recht aus dem Grundsatz erklärt werden, daß eine Klage, der es am Rechtsgrund fehlt, a limine abgewiesen werden kann. Mit der Fiktion der Streiteinlassung in den Reichsgesetzen ward also die Versäumnis nicht durchweg der litiscontestatio gleichgestellt und die Kombination dieser Fiktion mit der der Vereinbarung ist daher jedenfalls nach gemeinem Recht unzulässig. — Die Unhaltbarkeit der dogmatisierten Fiktion der Streiteinlassung im gemeinen Recht haben Bülow [2]) und Bolgiano [3]) überzeugend nachgewiesen. Darum hält denn auch letzterer hinsichtlich des gemeinen Rechtes nur die Ansicht für richtig, welche die Nichtberücksichtigung der Inkompetenz aus der Präklusion der Einrede ableitet. Bolgiano lehrt nämlich: [4]) „Die Prorogation des Gerichtes tritt zwar im Fall Ausbleibens des Beklagten auch nach gemeinem Recht ein. Sie ist hier nicht eine Folge der fingierten Vereinbarung (weil es keine fingierte l. c. gibt), sondern sie ist die Folge der Präklusion der Inkompetenzeinrede. Der Ausschluß des Beklagten mit den verzichtbaren Einreden ist aber auch keine Folge der wirklichen oder fingierten Einlassung, sondern eine Wirkung des versäumten Termins." —

In der That wäre diese Ansicht — Rechtfertigung der Nichtberücksichtigung der Inkompetenz nicht durch die fingierte Streiteinlassung, sondern durch die Präklusion der Einrede — immerhin noch vorzuziehen: aber auch ihr steht entgegen, daß nach römischem Recht die Präklusion der Einrede keineswegs Kompetenz bewirkt, daß wir überhaupt die Unzuständigkeitseinrede durchaus nicht immer unter dem Gesichtspunkt einer wahren Einrede auffassen dürfen, endlich „daß die Pflicht, der Ladung des inkompetenten Richters Folge zu leisten, für den Ausbleibenden keine Präklusion mit der exceptio fori declinatoria nach sich ziehen kann, weil diese Präklusion doch ohne Kompetenz des Richters nicht eintreten kann" [5]).

---

1) arg. § 296, Abs. 2; Bolgiano, Arch. 68, S. 98 ff.; Birkmeyer, Arch. 66, S. 24, Nr. 4. 2) Arch. 62, S. 14 f. 3) Arch. 68, S. 86—94. 4) A. a. O. S. 108. 5) So mit Recht Brackenhöft, Erörter. S. 266, N. 6.

Digitized by Google

Vertreten war diese Ansicht übrigens schon von ältern Schriftstellern, so von Quistorp[1]). Dieser rechnet zu den Wirkungen der fingierten Streiteinlassung nicht etwa die Fiktion einer Gerichtsstandsvereinbarung, sondern die Präklusion der verzichtbaren Unzuständigkeitseinrede. Diese Präklusion scheint er jedenfalls da anzunehmen, wo die exceptio fori nicht der Klasse der „exceptiones essentiales seu formales" nach seiner Bezeichnung angehört[2]). — Dies ist aber dann der Fall: si causa ita comparata est, ut coram judice ordinario civili intentari nequeat, sed singularem judicem habeat: quales sunt causae consistoriales et feudales"[3]).

In der neuern Doktrin fand diese Ansicht ihre Hauptvertreter an Bolgiano[4]) und Bayer. Letzterer lehrt hinsichtlich dieser Frage:[5]) „Bei vorausgegangener peremtorischer Ladung würde das Ausbleiben des Beklagten den Verlust der exceptio judicis incompetentis und sohin eine fingierte Prorogation zur Folge haben, insofern die Inkompetenz des ladenden Richters bloß eine subjektive wäre." —

§ 3. Zuständigkeitsprüfung nach den neuern Gesetzgebungen.

Auf genaue Einhaltung der Kompetenzordnung sieht vor allem die preußische Gerichtsordnung. Sie enthält denn auch in § 162 des 2. Titels „Gerichtsstand" folgende Vorschrift: Ein jedes Gericht ist schuldig, sorgfältig zu prüfen, ob die angebrachte Klage vor seinem Gerichtsstand gehöre, widrigenfalls es dieselbe sogleich an den kompetenten Richter verweisen muß, und nicht den Versuch machen darf, ob etwa seine Gerichtsbarkeit durch Prorogation begründet werden möchte." Auch dann wenn es der Richter aus „Vorsatz oder Versehen" zur litiscontestatio gelangen läßt, deren Bedeutung für den Gerichtsstand wir oben kennen gelernt, so muß „ein solcher Eingriff in fremde Jurisdiktionen von den vorgesetzten Instanzen jederzeit gebührend bestraft werden."

---

1) De effectu litiscontestationis a judice in contumaciam pro contestata habitae intuitu rei exceptionum. Rostochii, a. 1746. — 2) Er meint damit jene (§ 12, p. 27) „quae ita formam judicii afficiunt, ut omissae id retro reddant nullum, saltim frustraneum." — 3) § 15, p. 32, sub g.). 4) A. a. O. und: „Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet des gemeinen deutschen Civilprozesses" S. 12. 5) Vorträge „Von den Folgen der Wahl eines inkompetenten Gerichtes" § 79, S. 248; cf. ebenda, S. 235.

Digitized by Google

So zeigt der preußische Gesetzgeber deutlich, daß ein Offizialinteresse an der Aufrechterhaltung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung vorliege, welche er nur dem übereinstimmenden Interesse beider Parteien in gewissem Umfang nachsetzt. Daraus ist zu folgern, daß die Zuständigkeitsprüfung, wie im kontradiktorischen, so auch im Versäumnisverfahren ohne allen Antrag des Beklagten einzutreten hatte. Ergibt die Klageschrift von vornherein die Unzuständigkeit des Gerichtes, so weist er die Klage wegen Inkompetenz „von hier" ab. Hält er sich auf Grund der Klageschrift für kompetent, so müssen die Parteien freilich erscheinen, auch wenn der Richter inkompetent sein sollte, um dessen Inkompetenz zu exzipieren, aber nur deshalb, weil sonst Gefahr besteht, der Richter werde in seiner — auch hier officialiter vorzunehmenden — Zuständigkeitsprüfung zu keinem andern Resultat gelangen als vorher.

Ähnlich verhält sich die Sache nach dem Recht des codex juris bavarici judiciarii. — Der Richter hat hier auch, wo er prorogiert werden könnte, seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen[1]). Ergibt demnach die Klageschrift die Inkompetenz des angegangenen Gerichts, so muß Abweisung der Klage „von diesem Gericht" erfolgen[2]). — Allein man wird sogar weiter gehen müssen. Ist die oben vertretene Auslegung des § 17 des 1. Kap. richtig, daß nur „gutwillige" d. h. unter consensus geschehene Streiteinlassung die Zuständigkeit des Gerichtes begründet, so wird der Richter durch die Präklusion der Parteien mit ihrer Einrede überhaupt nicht zuständig; er kann daher, muß sogar zur Verhütung eines nichtigen Verfahrens die Unzuständigkeit in jeder Lage des Prozesses aufdecken[3]).

Auf einem ganz anderen Standpunkt stehen hinsichtlich der Zuständigkeitsprüfung wenigstens zum Teil die neuern Gesetzgebungen.

Zunächst die französische. Die örtliche Kompetenzordnung, die compétence en raison de la personne, ist, wie schon oben be-

---

1) Seuffert, Komm. z. G.O. I. S. 396. 2) Auf Grund des § 17 des 4. Kap. „von offenbar ungegründeten Klagen"; cf. Seuffert II. S. 226.

3) Anders stellt die Sache Seuffert I. S. 396 dar (N. 60 eod.) mit einer ähnlichen Begründung, wie sie die Ansicht, nach der Präklusion der Einrede müsse der Richter fortjudizieren, im gemeinen Recht erfuhr — nämlich, daß der Richter nicht mehr ablehnen dürfe. „Hat der unzuständige Richter einmal das Verfahren eingeleitet und der Verklagte sich gutwillig eingelassen, so geht es nicht an, die bereits eingetretene Prorogation durch einen Akt der Kompetenzprüfung bei Fällung des Urteils wieder rückgängig zu machen".

Digitized by Google

merkt wurde, lediglich im Interesse der Parteien aufgestellt, d. h. sie bedeutet im Grunde nur „dem Beklagten zu sagen, in welchen Fällen er ein Ablehnungsrecht hat, in welchen nicht". Daraus folgert die französische Doktrin, daß das Gericht seine Zuständigkeit nie ex officio geltend machen muß. Die Konsequenz für den Versäumnisfall ist die, daß das Gericht sich mit der Sache befassen kann, ohne seine Zuständigkeit weiter zu prüfen. Im Gesetz ist freilich nirgends diese Konsequenz ausgesprochen; auch fand ich sie nur bei einem Schriftsteller Berriat-Saint-Brix[1]) ausdrücklich erwähnt. Dieser gibt zu, daß der code de procédure civile keinerlei Antwort auf diese schwierige Frage gebe, aber — il semble qu'on pourrait argumenter de plusieurs de ses dispositions combinées soit entre elles (v. Code de proc. a. 169 à 171) soit avec la jurisprudence moderne en matière de jugement nul[2]), pour soutenir que la comparution du défendeur est toujours nécessaire, ne fût-ce que pour demander son renvoi[3]). — Dagegen muß die gleiche Behandlung entschieden[4]) abgelehnt werden hinsichtlich der Unzuständigkeit ratione materiae, weil diese Zuständigkeitsordnung im öffentlichen Interesse aufgestellt ist und deshalb ihre Aufrechterhaltung officium judicis ist. — Aber der eigentliche Grund für die Nichtberücksichtigung der verzichtbaren Unzuständigkeitseinrede ist der: das französische Recht sieht in der örtlichen Inkompetenz bloß die Befugnis, das Gericht abzulehnen, nicht auch ein Verbot an das Gericht, sich mit der Sache zu befassen. Und dies ist nicht nur Auffassung der Doktrin, die die örtliche Kompetenzordnung für eine Sache privaten Interesses erklärt, sondern Auffassung des Gesetzes selbst. Denn diese Kompetenzordnung wird eigentlich nicht als eine solche aufgestellt, sondern in dem Titel, der die gesetzlichen Formen und Modalitäten der Vorladungen beschreibt[5]), — vorzugsweise nämlich in Artikil 59. Darum hat die Inkompetenz des Richters nicht die Bedeutung, er dürfe sich nicht mit der Sache befassen, sondern lediglich die Ablehnungsbefugnis. Freilich ist damit der rechtliche Charakter, die Bedeutung der Zuständigkeitsordnung eine wesentlich andere; aber der Satz, daß der nicht abgelehnte, noch unzu-

1) Cours de procédure civile p. 228. 2) Hiemit ist wohl die französische Rechtsparömie „les voies de nullité n'ont pas lieu en France" angedeutet. — 3) — le silence du défendeur attribue la jurisdiction au tribunal. 4) Nicht so ganz entschieden Berriat-Saint-Prix a. a. O.
5) l. II. t. II. „des ajournements".

Digitized by Google

ständige Richter sich mit der Sache befassen dürfe, ergibt sich aus dem Gesagten mit Sicherheit. —

Den Standpunkt der französischen Gesetzgebung, welche die Kompetenzordnung wenigstens zum Teil nur durch den Beklagten aufrecht erhalten läßt, haben die deutschen Gesetzgebungen nicht eingenommen. Sie haben vielmehr den Rechtssatz festgehalten, daß der **Richter** seine Zuständigkeit zu prüfen habe. Nur die wichtigsten sollen genannt werden. —

Die braunschweigische Civilprozeßordnung v. 19. März 1850 bestimmt in § 44: „Die Gerichte haben ihre Zuständigkeit selbst zu prüfen, und können sich in jeder Lage der Sache, wenn ihre Nichtzuständigkeit klar vorliegt, von Amtswegen für inkompetent erklären vorbehaltlich der Bestimmungen in § 21". Hiemit ist auf die den Mangel der Inkompetenz heilende Präklusion hingewiesen, nach welcher keine Geltendmachung der Unzuständigkeit durch Gericht oder Parteien stattfinden soll [1]).

Die hannöverische Prozeßordnung weicht nicht von dem Satze ab, daß nur ein zuständiger Richter sich mit der Sache befassen dürfe, aber sie macht jeden Richter zum zuständigen, der nicht vom Beklagten abgelehnt wird. Darum wird auch die Zuständigkeitsprüfung im Versäumnisfall aufgehoben [2]), indem die Kompetenznorm ihres § 19 auch auf die contumacia anwendbar ist.

Die badische Prozeßordnung von 1864 bestimmt in § 65 (= Art. 50 der Prozeßordnung von 1851), „der Richter selbst hat über seine Zuständigkeit zu erkennen, wo nicht das Gesetz das Erkenntnis darüber an eine andere Behörde verweist". Damit ist nun freilich nur ausgedrückt, daß die Zuständigkeitsprüfung durch die Gerichte, nicht auch, daß sie immer von Amtswegen zu erfolgen habe. Allein auch als Aufgabe des Gerichtes ergibt sich die Zuständigkeitsprüfung aus § 260 (= Art. 282): erhellt aus der Klage selbst, daß die Zuständigkeit des Gerichtes für diese Streitsache nicht be-

---

1) Ähnlich für den mecklenburgischen Prozeß Trotsche, der mecklenburgische Civilprozeß I. § 52 S. 298 f. „Die Gerichte sind einerseits in ihrem Wirkungskreis von einander ganz unabhängig, anderseits aber auch verpflichtet, ihre Kompetenz von Amtswegen zu prüfen, ohne erst die exceptio fori incompetentis abzuwarten". — 2) „Nach der Fassung dieser Bestimmung mußte stillschweigende Vereinbarung auch dann angenommen werden, wenn der Beklagte ungehorsam entblieb". v. Amsberg, Arch 65, S. 62 unter Berufung auf Leonhardt; cf. oben S. 119 N. 1.

Digitized by Google

gründet ist, so wird mit Angabe der Gründe verfügt: „Die Klage findet hier nicht statt". — Die Doppelschrift der Klage wird dem Beklagten mit dem Beisatz dieser Verfügung „zur Nachricht" mitgeteilt.

Schon daraus folgern wir mit Sicherheit, daß die Gerichte auch ohne Antrag der Parteien zur Aufrechterhaltung der Kompetenzordnung verbunden sind. Dazu tritt aber die spezielle Bestimmung des § 261. Ergibt sich aus der vor dem Amtsgericht erhobenen Klage, daß sie vor ein Kollegialgericht gehört, so wird eine Vergleichsfahrt angeordnet und zugleich beiden Teilen eröffnet, „daß das Amtsgericht wegen des Streitwertes sich nicht für zuständig erachte". Erscheint der Beklagte nicht oder verweigert er beim Mißlingen des Vergleichsversuches die Einlassung, so verweist das Amtsgericht den Kläger an das Kollegialgericht". —

Also hatte jedenfalls das Untergericht bei sachlicher Inkompetenz im Falle Ausbleibens des Beklagten seine Zuständigkeit zu prüfen. Ergibt sich aber nicht aus diesem Schweigen des Gesetzes hinsichtlich anderer Unzuständigkeit, daß das höhere, aber für die Streitsache sachlich unzuständige Gericht, oder das nur örtlich unzuständige Gericht die exceptio fori unberücksichtigt lassen mußte? Diese Frage muß wohl nach § 260 entschieden verneint werden. Denn wenn im Fall einer sich schon aus der Klageschrift ergebenden Unzuständigkeit durch Ladungsversagung die Kompetenzordnung ex officio aufrecht erhalten werden mußte, so konnte, wenn erst im Verhandlungstermin hervorgetreten, die Inkompetenz nach der Absicht des Gesetzgebers wohl nicht anders behandelt werden. Demnach mußte auch hier das Gericht das Versäumnisurteil versagen und die Klage „von hier" abweisen.

Etwas anders liegt die Sache im württembergischen Prozeßrecht. Vor allem galt auch hier der Rechtssatz, daß die Versäumnis des Beklagten nicht selbst als Prorogation zu betrachten sei[1]). — Sodann bestimmte Art. 64: „Die Gerichte haben ihre Zuständigkeit selbst und von Amtswegen zu erkennen; soweit jedoch Prorogation möglich ist, muß unbeschadet der Vorschrift des Art. 324 die Einrede der Unzuständigkeit abgewartet werden". — Damit ist freilich gesagt, daß das Gericht auch als unzuständiges sich mit der Sache befassen dürfe, soweit es nur durch Prorogation könnte zu-

1) Arg. art. 59, Abs. 2, Art. 24 Abs. 3. v. Amsberg, Arch. 65 S. 65. Fecht, die Gerichtsgesetze III. Bd. 1, S. 138; oben S. 122. —

Digitized by Google

ständig werden; allein durch die Vorschrift des Art. 324 ist hier, ähnlich wie im badischen Recht von vornherein die Notwendigkeit einer spätern Kompetenzprüfung und der Möglichkeit einer prozessualen Prorogation in weitem Umfang vorgebeugt. Ergibt sich nämlich die Unzuständigkeit des Gerichtes aus der Klageschrift, so ist die Klage unter Bezeichnung des Mangels durch prozeßleitende Verfügung zurückzuweisen. Beharrt freilich der Kläger auf der Unzuständigkeit des Gerichtes, so wird Verhandlung über die Klage eingeleitet. Und hier kommt dann offenbar die Bestimmung in Anwendung, daß die Gerichte ihre Unzuständigkeit, die durch Prorogation zu heben wäre, nicht mehr von selbst geltend machen; kann freilich die benachteiligte Partei hinterher die Unzuständigkeit dartun, so ist das Verfahren, weil keine Prorogation vorlag, nichtig[1]).

Im Gegensatz zu Baden und Württemberg, in Übereinstimmung mit der Reichscivilprozeßordnung kennt das neuere bayerische Civilprozeßrecht keine Abweisung der Klage a limine wegen einer etwa an der Klageschrift geübten Kompetenzprüfung.

Erscheint der Beklagte vor dem unzuständigen Richter, so kommt, wenn er nicht selbst seine Einrede geltend macht, in Anwendung die Bestimmung des Art. 265: „Die Unzuständigkeit des Gerichtes ist, sofern sie nicht durch eine zulässige Vereinbarung beseitigt erscheint, in jeder Lage des Rechtsstreites . . . von Amtswegen auszusprechen". Diese Vorschrift der Kompetenzprüfung zessiert jedenfalls auch dann, wenn der Vorgang des Art. 39 vorliegt.

Erscheint dagegen der Beklagte nicht, so gilt dies vor allem nicht als Vereinbarung, Prorogation. „In Versäumnisfällen gilt die Vereinbarung als abgelehnt", bestimmt Art. 39, Abs. 3. Über das Weitere entscheidet der Gesichtspunkt, ob der Fall des Art. 189 gegeben ist oder nicht: von Amtswegen ist nämlich die Klage abzuweisen, wenn im Verfahren vor Einzelgerichten der Wert des Streitgegenstandes, soweit die Feststellung der Zuständigkeit davon abhängt, aus der Klage nicht zu ersehen ist, und der Beklagte bei der Verhandlung nicht erschienen ist. Für die übrigen Fälle ist wohl mit Schmitt[2]) und den Kommentaren von Barth[3]) und Wernz[4]) anzunehmen, daß die in Art. 297 (beziehungsweise Art. 301)[5]) aus-

---

1) Arg. art. 64, Abs. 2; Fecht a. a. O. S. 141 2) Der bayer. Civilprozeß II. S. 368 Nr. 2, 3) Kommentar II. S. 128. 4) Kommentar I. S. 310 Nr. 4. 5) Letztere Bestimmung greift dann Platz, wenn ein Anwalt bestellt ist.

Digitized by Google

gesprochene Versäumnisfolge der Geständnisfiktion auch auf die Kompetenzbehauptungen zu erstrecken ist. Mit Recht bemerkt insbesondere Schmitt[1]), Klageabweisung von hier sei auszusprechen, wenn die bezüglichen Klagsasserte auch als wahr angenommen, das Gericht als inkompetent erscheint, gleichviel ob seine Zuständigkeit durch Prorogation hätte begründet werden können oder nicht.

§ 4. Zuständigkeitsprüfung im geltenden Recht.

Es kann noch nicht sogleich erörtert werden, ob und in welcher Weise die Zuständigkeit nach der Reichscivilprozeßordnung Gegenstand einer richterlichen Prüfung ist. Ist sie aber das, so findet diese Prüfung in den Fällen, in denen die Prozeßvoraussetzung durch Vereinbarung hergestellt werden kann, — und nur um diese Fälle handelt es sich — jedenfalls nur bis zum Moment der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache statt. Denn in dieser sieht der Richter vor sich einen prozessualen Akt, der nach § 39 Zuständigkeit erzeugt. — Freilich begründet dieser Vorgang nicht immer Kompetenz; nach den obigen Ausführungen nämlich dann nicht, wenn die Einrede unverschuldet versäumt wurde. Ob aber dies der Fall, das jedenfalls hat der Richter nicht aus eigener Initiative zu prüfen, sondern nur auf Antrag der betroffenen Partei; d. h. wenn diese die versäumte Einrede nachholen will, hat er Bescheinigung über das Nichtverschulden zu fordern. Uno weil ein solcher Nachweis doch der Ausnahmsfall ist, eine Möglichkeit, die der Richter nicht von vornherein zu berücksichtigen hat, so ist es auch in dieser Beziehung ganz zutreffend, daß die Kompetenznorm in § 39 trotz ihrer Beschränkung durch § 247 Abs. 3 unbedingt lautet[2]). Denn dadurch ist dieselbe zugleich eine Prozedurnorm und als solche will sie absolut gelten: sie schreibt dem Richter vor, daß er sich bei vorliegender Streiteinlassung zunächst immer für zuständig halten muß, während uns § 247, Abs. 3 belehrt, unter welchen Voraus-

---

1) A. a. O. — Unrichtig ist wohl die Behauptung von Wernz, Kommentar I. S. 310 „daß der Kläger auch, was die Zuständigkeit betrifft, beim Ausbleiben des Beklagten schlimmer gestellt ist, als beim Erscheinen". Nach Art. 265 ist auch beim kontradiktorischen Verfahren das Gericht nicht dieser Prüfung überhoben; zu vergl. Birkmeyer, Verh. S. 31, N. 78.

2) Gewiß dient auch diese Erwägung zur Befestigung des oben in § 7 des 2. Teiles (S. 168 ff.) aufgestellten Satzes. —

Digitized by Google

setzungen die Kompetenznorm zessiert und wie der Beklagte den Richter von dem Vorliegen jenes Ausnahmsfalles zu überzeugen hat. — Aus dem Gesagten geht mit aller Sicherheit hervor, daß der Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache Endpunkt der Zuständigkeitsprüfung ist. So entsteht die Frage: „Wann zuerst hat der Richter seine Zuständigkeit zu untersuchen, wenn überhaupt eine Prüfung notwendig ist?"

Eine ausdrückliche Vorschrift fehlt. Allein es läßt sich gleichwohl Folgendes mit Gewißheit aus den Bestimmungen unserer Prozeßordnung ableiten.

Vor allem steht fest, daß das geltende Recht keine auf Grund der bloßen Klageschrift eintretende Zuständigkeitsprüfung kennt. Wie es dem Richter nicht zusteht, eine Klageschrift deshalb zurückzuweisen, weil sie einen rechtlich durchaus unbegründeten Anspruch aufzeigt, so kann auch nicht die Klage a limine wegen Inkompetenz, nach gemeinrechtlichem Muster „von hier" abgewiesen werden. Denn die Reichscivilprozeßordnung kennt keine Ladungsversagung auf Grund der Inkompetenz. — Demnach greift die Zuständigkeitsprüfung jedenfalls erst im Termine statt, sie ist, wie Planck mit Recht bemerkt hat, nur im Lauf des Rechtsstreites Gegenstand der Untersuchung. —

Wichtig ist für die weitere Erörterung der Frage eine Auseinanderlegung der Gesichtspunkte und Zwecke, wegen deren eine gerichtliche Prüfung der Kompetenz Platz greifen kann. Geht man zunächst aus von dem Begriff der Zuständigkeit, welche Recht und Pflicht zur Sachentscheidung in einem bestimmten Prozeß bedeutet, so ist, weil doch an der Ausübung der Zuständigkeit die Sachententscheidung, Urteilsfällung das Wichtigste ist[1]), eine Prüfung, ob das betreffende Gericht zuständig ist, notwendig erst dann, wenn es an die Sachentscheidung herantreten soll. Die Zuständigkeitsprüfung erfolgt aber dann lediglich wegen des Rechtssatzes, daß nur ein zuständiges Gericht zur Sachentscheidung berufen ist. Wenn es sich aber im geltenden Recht — was ich einstweilen dahingestellt sein lasse — nur um eine Zuständigkeitsprüfung in diesem Sinne handelt, so ist dieselbe in prorogierbaren Sachen immer dann überflüssig, wenn es zu einem kontradiktorischen Verfahren kommt. Denn im Laufe desselben begibt sich ja, wo immer eine Gerichtsstandsverein-

1) „Die vornehmste Aufgabe ist die Entscheidung über die in den Prozeß gezogenen Rechtsansprüche". Hellmann, Lehrbuch S. 142 .—

Digitized by Google

barung zulässig wäre, auch in der beklagtischen Sachverhandlung ohne weiteres Zuthun des Gerichtes ein Akt, der dasselbe zuständig macht. Dieser Akt fällt vor die richterliche Sachentscheidung und so reduziert sich die Zuständigkeitsprüfung auf die Konstatierung dieses Vorganges. —

Allein es ist möglich, daß die Zuständigkeitsprüfung noch anderen Zwecken zu dienen hat, daß sie noch in einem anderen Sinn erfolgt, als in dem bereits angedeuteten, den ich an erster Stelle deshalb genannt, weil er sich zunächst aus dem Begriff der Zuständigkeit ergibt.

Nach diesen Gesichtspunkten haben wir uns nunmehr umzusehen. Wir finden dieselben verwendet in den hinter uns liegenden Rechtssystemen; und weil ich sie daher alle schon in der geschichtlichen Darstellung berührt, braucht in diesem Zusammenhang nur mehr darauf verwiesen zu werden. —

Die Zuständigkeitsprüfung hat die Kompetenzordnung aufrecht zu erhalten; sie hat also vor allem da, wo nur sogenannte gesetzliche Thatbestände zur Kompetenz führen, zu prüfen, ob einer derselben vorliegt. — Aber auch da, wo Parteivereinbarung Platz greifen kann, finden wir im ältern Recht eine Offizialbefugnis zur Aufrechterhaltung jener engern Kompetenzordnung, welche durch die gesetzlichen Kompetenzgründe repräsentiert wird. Diese Offizialbefugnis ist das bereits oben behandelte richterliche Ablehnungsrecht. Es erscheint uns hier unter dem legislativen Gesichtspunkt nicht die ganze Kompetenzordnung aufrecht zu erhalten, — denn zu dieser gehört auch als vollgiltiger Kompetenzgrund die Prorogation — wohl aber erscheint es uns als Mittel zur Aufrechterhaltung der „gesetzlichen" Kompetenzordnung und der dadurch gegebenen Geschäftsverteilung zwischen den Gerichten.

Diese Offizialbefugnis, welche der eigentlichen Zuständigkeitsprüfung nahesteht, aber nicht mit ihr verwechselt werden darf[1]), sehen wir im Laufe der Entwicklung hinwegfallen. Aber an ihre Stelle tritt — zum Teil wenigstens — eine andere, welche der Aufrechterhaltung einer weitern Kompetenzordnung dient, nämlich der ganzen Kompetenzordnung im Gegensatz

1) Jedenfalls hält sie nicht genug von einander Wach, wenn er (Arch. 62, S. 383) mehrere Vorschriften neuerer Prozeßordnungen, welche das richterliche Ablehnungsrecht aufheben, als Beispiele dafür anführt, daß die richterliche Zuständigkeitsprüfung aufgehoben werde. —

Digitized by Google

zu dem singulären Kompetenzgrund der prozessualen Prorogation. Diese Kompetenzprüfung hat folgende Bedeutung. Der Richter untersucht, ob er auf Grund eines „gesetzlichen" Thatbestandes oder des übereinstimmenden Willens der Parteien zuständig geworden, muß aber andrerseits durch irgend welche Vorkehrungen einer prozessualen Prorogation vorbeugen, welche ihn zwar nach neuerm Recht zuständig machen würde, deren Eintritt aber, sei es wegen des öffentlichen Interesses an der richtigen Geschäftsverteilung, welche nur dem gemeinschaftlich dokumentierten Privatinteresse nachstehen will, sei es im Interesse der betroffenen Partei — verhindert werden soll. Verhindert wird sie aber dadurch, daß der Richter die Parteien vor allem andern auf seine Unzuständigkeit aufmerksam macht. Darauf hin kann durch jeden Streitteil dem Gericht die Befassung mit der Sache entzogen werden, oder dasselbe durch Vereinbarung zuständig werden. — An letzter Stelle ist jene bereits oben erwähnte Art der Kompetenzprüfung zu nennen; sie bezweckt lediglich die Aufrechterhaltung des Rechtssatzes, daß nur zuständige Gerichte die Sachentscheidung vornehmen sollen — gleichgiltig durch welchen Kompetenzgrund, und wäre es auch nur die prozessuale Prorogation des § 39 — das Gericht zuständig geworden ist. —

Inwiefern sind nun diese verschiedenen Gesichtspunkte im geltenden Recht durchgeführt? In der That finden wir hier alle verwertet. Vor allem muß diejenige Zuständigkeitsordnung absolut aufrecht erhalten werden, welche auch der Verschiebung durch Konsensprorogation entzogen ist. — Dagegen ist das zur Aufrechterhaltung der „gesetzlichen" Kompetenzordnung dienende richterliche Ablehnungsrecht fast ganz hinweggefallen. Denn jenes Ablehnungsrecht und damit die Befugnis, die durch die gesetzlichen Kompetenzgründe gegebene Geschäftsverteilung gegenüber abweichender Parteivereinbarung nach eigenem Ermessen aufrecht zu erhalten, haben nur die Kammern für Handelssachen hinsichtlich der nicht vor diese Abteilung gehörigen Sachen[1]). — Endlich haben die sachlich unzuständigen Amtsgerichte nach C.P.O. § 465, Abs. 2 Recht und Pflicht, die gesammte Kompetenzordnung mit Ausschluß des § 39 aufrecht zu erhalten, d. h. sie müssen wohl die Konsensprorogation als vollgiltigen Kompetenzgrund anerkennen, aber eine prozessuale Prorogation

1) Oben S. 22.

Digitized by Google

nach § 39 verhindern [1]). Aus dieser Spezialvorschrift ergibt sich, daß bei allen übrigen prorogierbaren Fällen das Gericht nur die Verpflichtung haben kann, das Vorhandensein dieser Prozeßvoraussetzungen wegen des in der Unzuständigkeit liegenden Verbotes zu untersuchen. Dies meine ich so: wenn in prorogierbaren Fällen für die unzuständigen Landgerichte und für die örtlich unzuständigen Amtsgerichte überhaupt Recht und Pflicht besteht, die Zuständigkeitsordnung durch eine Zuständigkeitsprüfung aufrecht zu erhalten, — und dies ist erst noch nachzuweisen, — so erfolgt diese Prüfung doch nur unter dem Gesichtspunkt, daß sich das Gericht zu fragen hat: „Bin ich aus irgend einem der durch die gesammten Zuständigkeitsvorschriften — incl. § 39 — gegebenen Zuständigkeitsgründe kompetent"? — Es braucht kaum noch einmal hervorgehoben zu werden, daß die Zuständigkeitsprüfung, wenn nur in **diesem** Sinn vorgeschrieben, im kontradiktorischen Verfahren überhaupt hinwegfällt [2]).

Dies ist freilich bestritten. Es handelt sich eben darum, ob nach geltendem Prozeßrecht die Gerichte im Allgemeinen schon bei Beginn des Termins ihre Zuständigkeit zu prüfen und über etwaige Inkompetenz die Parteien zu belehren haben. Genau dieselbe Frage ist die, ob gegenüber § 465, Abs. 2.

> „Ist das Amtsgericht sachlich unzuständig, so hat es vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache denselben auf die Unzuständigkeit aufmerksam zu machen" —

das argumentum a contrario anzuwenden ist, oder nicht. Die Anwendbarkeit desselben leugnet Birkmeyer [3]), bejaht aber, soviel ich sehe, die Gesammtheit der Schriftsteller, die sich außerdem darüber geäußert haben [4]). Doch ist die dies-

---

1) Welche Wirkung die Verletzung dieser Vorschrift hat, ist bereits oben S. 127 hervorgehoben worden. — 2) In diesem Sinn sagt wohl auch Weismann, Hauptintervention S. 116 „Die Gerichtsstandschaft hat das Gericht nicht von Amtswegen zu prüfen, sondern nur dann, wenn der Beklagte sie bestreitet". — 3) Ztschr. VII. S. 486 N. 432; Abhandl. S. 70. 4) Indirekt wohl auch Gaupp, Komm. II. S. 464. „Die Vorschrift gilt nur für die sachliche, nicht für die örtliche Zuständigkeit". Planck, Lehrb. I. S. 92, III. „Das Gericht hat innerhalb gewisser Grenzen von Amtswegen seine Zuständigkeit zu prüfen .... Sind beide Parteien erschienen und verhandeln sie, so kann sich diese Offizialprüfung nur auf die Mängel der Zuständigkeit erstrecken, welche durch (äußersten Falls fingierte) Vereinbarung der Parteien nicht zu

Digitized by Google

bezügliche Ansicht des Erstern vielleicht richtiger in der Fassung referiert: daß neben der besondern Vorschrift, für die sachlich unzuständigen Amtsgerichte, welche dem Interesse des Beklagten diene, überhaupt für alle Gerichteaus dem öffentlichen Interesse an der Kompetenzordnung sich die Aufgabe folgere, deren Einhaltung zu überwachen, ihre eigene Zuständigkeit immer zu prüfen.

Birkmeyer nimmt an, daß die Gerichte auch in prorogierbaren Sachen ihre Zuständigkeit durch ein Offizialverfahren festzustellen haben und daß hinsichtlich des Zuständigkeitspunktes schon bei Beginn des Termins § 130 Abs. 2 zur Anwendung komme. Die eine These, daß die Prüfung der Zuständigkeit nach der Offizialmaxime, also mit dem Streben nach materieller Wahrheit erfolgen müsse, kann hier noch nicht erörtert werden. Aber die Ansicht, daß die Zuständigkeitsprüfung in prorogierbaren Sachen auch im kontradiktorischen Verfahren ex officio Platz greifen müsse ist schon hier zu prüfen. Sie hängt mit seiner prinzipiellen Auffassung des § 39 zusammen. Wer in demselben eine Zuständigkeitsnorm erblickt, wird keinerlei Veranlassung haben zur Annahme, es müsse das Gericht auch ohne besondere gesetzliche Vorschrift den Eintritt dieses Zuständigkeitsgrundes verhindern.— Dies hat Birkmeyer selbst zugegeben, ja am zutreffendsten hervorgehoben. „In diesem Fall" (d. h. bei der Richtigkeit der Auslegung als Kompetenznorm) — lehrt er [1]), — „hat die Rechtsordnung durch die eventuelle Zuständigkeitserklärung des § 39 das öffentliche Interesse verleugnet". — Andrerseits ist darin gewiß Birkmeyer beizupflichten gegen Fitting, daß die Anwendung des § 130 Abs. 2 noch keineswegs „einer Beseitigung jeder stillschweigenden Prorogation, also einer teilweisen Beseitigung des § 38 gleichkommen würde" [2]). — Denn untersuchen, ob in der That eine Parteivereinbarung vorliegt, heißt keineswegs derselben vorbeugen. Wohl aber heißt es der prozessualen Prorogation vorbeugen, wenn das Gericht von vornherein seine Zuständigkeit zu untersuchen, die Parteien auf seine Unzuständigkeit aufmerksam zu machen hat. Wenn sich nun die Zuständigkeitsprüfung am Anfang des Termins, wie sie Birkmeyer fordert, nicht denken läßt, ohne dadurch herbeigeführte Rechts-

heben sind. — Insbesondere Fitting, Ztschr. VI. S. 272; Just, Arch. 68, S. 301: „Wenn irgendwo ein argumentum a contrario zulässig ist, so ist es hier der Fall". —

1) Das Verh. S. 70. 2) Ztschr. VI. S. 272. —

Digitized by Google

belehrung der Parteien über die Unzuständigkeit, eine solche Rechtsbelehrung aber vom Gesetz durch § 465, Abs. 2 im Allgemeinen ausgeschlossen ist, so glaube ich doch annehmen zu dürfen, daß auch ersteres, die Zuständigkeitsprüfung ausgeschlossen ist, weil ja der Zuständigkeitspunkt im Lauf der Verhandlung seine einfachste Erledigung durch die Sachverhandlung findet. — Mir scheint doch der Umstand entscheidend, daß in den Bestimmungen der §§ 457—471 in erster Linie besondere, von dem Anwaltsprozeß abweichende Vorschriften für den amtsgerichtlichen Prozeß aufgestellt werden sollen. Dies läßt keinen Zweifel daran übrig, daß das Amtsgericht nicht bei örtlicher Unzuständigkeit, niemals aber das Landgericht die Parteien ex officio über seine Unzuständigkeit zu belehren hat. — Steht aber fest, daß die Zuständigkeitsprüfung nicht zu dem Zweck erfolgen darf, die Parteien vor der prozessualen Prorogation, den Beklagten insbesondere vor Versäumung seiner Einrede zu warnen, so kann sie nur den Sinn haben, zu erforschen, ob irgend ein Kompetenzgrund mit Einschluß jener singulären Vorschrift des § 39 vorliegt. Da aber mindestens letzterer immer zutreffen wird, so prüft das Gericht, wenn unmittelbar vor der Sachentscheidung, seine Kompetenz in einem Augenblick, in dem ohnehin der prozessuale Zuständigkeitsgrund des § 39 jede weitere Kompetenzprüfung überflüssig macht.

Rechtzeitig die Unzuständigkeitseinrede geltend zu machen, ist demnach im kontradiktorischen Verfahren immer Sache des Beklagten. Dies ist auch der Grund, warum überhaupt das Gesetz in Übereinstimmung mit dem bisherigen Sprachgebrauch der Wissenschaft und Gesetzgebung von einer Unzuständigkeitseinrede spricht. Aber daraus, daß die Zuständigkeit im zweiseitigen Verfahren regelmäßig nicht aus eigener Initiative des Gerichtes geprüft wird, läßt sich kein Schluß ziehen hinsichtlich der gleichen Frage im Versäumnisfall. Für letzteres bleibt, weil nur im kontradiktorischen Verfahren Platz ist für den Zuständigkeitsgrund aus § 39, die Frage eine offene. Sie ist nunmehr zu lösen.

Wenn nach der Absicht des Gesetzgebers in seiner Zuständigkeitsordnung nur die Statuierung eines Ablehnungsrechtes gegenüber gewissen Gerichten vorliegen soll, so muß die Kompetenzprüfung überall da zessieren, wo nicht der Beklagte selbst das Abehnungsrecht geltend macht. Liegt dagegen in der Zuständigkeit auch der Rechtssatz, daß nur ein zuständiger Richter

Digitized by Google

die Sache entscheiden soll, so muß eine Zuständigkeitsprüfung eintreten, ob sie nun vom Beteiligten angeregt wird, oder nicht. — Ja, es könnte in der Zuständigkeit noch mehr liegen. An ihrer Aufrechterhaltung hat möglicher Weise der Gesetzgeber irgendwie ein öffentliches Interesse bekundet, sei es wegen der damit zusammenhängenden Geschäftsverteilung unter den Gerichten, sei es um anderer prozeßrechtlicher Einrichtungen willen [1]). —

Aber die Zuständigkeitsprüfung, die in dem letztgedachten Fall eintreten müßte, wäre eine andere, als diejenige, die bloß wegen Aufrechterhaltung des Rechtssatzes, daß nur ein zuständiger Richter urteilen darf, vorgenommen wird. Wo nur ein Rechtssatz aufrecht zu erhalten, nach einem bestimmten Rechtssatz zu verfahren ist, ist der Staat nicht auch daran beteiligt, ob derselbe auf wahres oder unwahres Thatsachenmaterial angewendet wird. Demnach also prüft der Richter lediglich, ob das von beiden Parteien nach dem allgemeinen Beweisverteilungssystem vorgebrachte Material schlüssig ist. Wo dagegen ein öffentliches Interesse zu wahren ist, prüft der Richter den wirklichen Sachverhalt ohne Rücksicht auf das Parteivorbringen. Denn daß dem Sachverhalt gemäß, nicht bloß dem Rechtssatz gemäß verfahren werde, daran ist die öffentliche Ordnung interessiert. Und ob eine Zuständigkeitsprüfung in diesem Sinn zu erfolgen hat, ist an erster Stelle zu untersuchen.

§ 5. Theorie der Offizialprüfung.

Hauptvertreter der Offizialprüfungstheorie ist Birkmeyer, welcher in einer sehr eingehenden Abhandlung „das Offizialverfahren im Civilprozeß" dargestellt hat [2]) und dabei für dessen Anwendung insbesondere auf die Kompetenzfrage eingetreten ist [3]).

Meines Erachtens hat B. jedenfalls die Streitfrage gegenüber den Ausführungen v. Amsbergs richtig gestellt. Nicht darum handelt es sich, welche Art von Offizialprüfung in Bezug auf den Zuständigkeitspunkt Platz greife, sondern, weil es nur eine Art von Offizialprüfung gibt, ob diese bei Feststellung dieser Frage dem Gesetze entspreche. Es gebe keine doppelte Bedeutung des „von Amts-

1) cf. Birkmeyer, d. Verhältnis, S. 26. 2) Ztschr. VII. S. 155–228; S. 375—499; zu vergl. Hellmann, Lehrbuch, S. 293. 3) eod. sub V. S. 472 ff.; cf. das Verhältnis S. 71; Ztschr. V. S. 136 f.

Digitized by Google

wegen berücksichtigen" und „von Amtswegen prüfen." Motive, wie Gesetz gebrauchen diesen Ausdruck promiscue und daher müsse man sagen: wo immer die Civilprozeßordnung die Prüfung von Amtswegen verlange, bedeute dies „daß nicht nur die rechtliche, sondern auch die thatsächliche Seite der Disposition der Parteien entzogen sei" [1]).

Dieselbe Wahrheit hatte indirekt schon Wach [2]) ausgesprochen, wenn er die Alternative stellte, mit ihm Nichtberücksichtigung der „verzichtbaren" Unzuständigkeitseinrede eintreten zu lassen oder Untersuchung der Kompetenzbehauptung nach ihrer Schlüssigkeit, aber auch nach ihrer Wahrheit anzustellen. — v. Amsberg [3]) dagegen will eine doppelte Offizialprüfung unterscheiden; je nachdem die Urteilsgrundlagen auch nach ihrer materiellen Wahrheit geprüft werden, oder die Feststellung derselben lediglich den Parteien überlassen bleibe. Allein die juristische Qualifizierung, die rechtliche Gegendeduktion ist — wie wir einstweilen annehmen wollen — immer Sache des Richters und die Prüfung der Kompetenfrage wäre der einzige Fall jener minder rigorosen Offizialprüfung. Darum hat Birkmeyer ganz Recht, daß nur von der Prüfung nach beiden Richtungen, Schlüssigkeit und materielle Wahrheit, gesagt werden könne, dieselbe sei Offizialprüfung. — So hat auch Hellmann [4]) zugegeben, daß die Beurteilung von feststehenden Thatsachen ohne Parteiantrag in der Sprache des Gesetzes niemals als Thätigkeit „von Amtswegen" bezeichnet werde. — Ist aber B. darin beizustimmen, daß eine Offizialprüfung nur diejenige genannt werden könne, die unter dem Streben nach materieller Wahrheit erfolge, so ist damit nur die Frage auf den richtigen Punkt gestellt. Ob eben die Zuständigkeitsfrage Gegenstand einer solchen Offizialprüfung sei, darum handelt es sich, und es gilt nunmehr zu referieren, was B. zur Bejahung dieser Frage geltend gemacht hat.

An der Feststellung der Zuständigkeit des Gerichtes sei stets das öffentliche Interesse beteiligt: dieser im bisherigen Prozeß-

---

1) VII. S. 493. 2) Beiträge, Bd. 24, S. 714. — Dort (S. 715, N. 20) ist auch zutreffend erledigt das Bedenken v. Amsbergs in der R.J.K. (jetzt bei Hahn II. 1. S. 613), welches er gegen die Prüfung der Zuständigkeitsthatsachen nach ihrer materiellen Wahrheit geltend gemacht: daß nämlich bei dieser Behandlung das Urteil teils ein kontradiktorisches, teils ein Versäumnisurteil sei. 3) Arch. 65, S. 80 f. 4) Lehrbuch, S. 633.

Digitized by Google

recht unbestrittene Grundsatz sei auch im neuen Prozeß festzuhalten mit Rücksicht auf zwei Punkte: die Vermeidung der Überlastung der Gerichte, nicht minder die Fürsorge, daß jede Sache von dem Gericht entschieden werde, von welchem nach Bewandtnis des Falles am ehesten ein richtiges Urteil zu erwarten sei. Diese gesetzgeberischen Zwecke belegt B. mit verschiedenen Stellen der Motive. — Aber auch aus § 40, Abs. 1 gehe dies hervor; ebenso aus § 513, Ziff. 4, d. h. aus der Nichtigkeit des Verfahrens vor einem Gericht, welches seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen habe. Daraus folge selbstverständlich, daß das Gericht unter allen Umständen seine Kompetenz von Amtwegen zu prüfen habe. Daß es eine prorogatio fori gebe, spreche nicht gegen seine Ansicht, beweise nur, daß die gesetzliche Kompetenzregulierung dem von beiden Parteien bekundeten Interesse weiche; aber bis dieser beiderseitige Wille feststehe, müsse Offizialprüfung Platz greifen. Ob demnach die Parteien erscheinen oder nicht, das Gericht habe seine Unzuständigkeit aufzudecken, es müsse ein Verfahren eintreten, wie er es in seiner Abhandlung sub IV. geschildert [1]), „es habe also das Gericht ungebunden durch die Anträge und Angaben des erschienenen Klägers, ohne daß insbesondere die poena confessi zur Anwendung komme, auf Grund freier richterlicher Überzeugung das ihm vorliegende Material zu prüfen, und eventuell durch eigene Offizialthätigkeit die Thatsachen und Beweise herbeizuschaffen, welche ihm materielle Wahrheit darbieten hinsichtlich der Frage, ob es zuständig sei oder nicht“ [2]). —

Es muß vor allem eingeräumt werden, daß, wenn in der That ein derartiges öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung der durch § 13 — § 38 gebildeten Kompetenzordnung für den Staat besteht, dasselbe in wahrhaft entsprechender Weise nur durch eine Offizialprüfung in dem richtigen, oben nach B. präzisierten Sinn gewahrt werden kann. Allein daß der Gesetzgeber ein derartiges, überwiegendes Interesse an der Kompetenzordnung zeigt, glaube ich verneinen zu müssen.

Folgende Einwendungen gegen die bisher referierten Deduktionen seien gestattet.

1) Die Vermeidung einer Geschäftsüberlastung einzelner Gerichte und die richtige Verteilung der Rechtsstreitigkeiten unter die

1) Ztschr. VII. S. 375—472. Zu diesen Ausführungen noch zu vergl. die zutreffende Bemerkung von Stein, der Urkunden- u. Wechselprozeß S. 178 sub III. 2) S. 488 ebenda.

Digitized by Google

Gerichte mit der Absicht, daß jeder Rechtsstreit das passendste Gericht finde, können allerdings öffentliche Interessen sein. Und der Umstand, daß diese Interessen nach geltendem Recht gegenüber einer Parteivereinbarung in den Hintergrund gedrängt sind, daß der Richter namentlich kein Ablehnungsrecht hat, spricht nur dafür, daß der Staat dem übereinstimmenden Parteieninteresse seine Kompetenzregelung nachsetzen will. Dies hat B. [1]) gewiß mit Recht gegenüber dem von Fitting [2]) aus § 38 abgeleiteten Argument hervorgehoben. Darum, meint er, müsse immer officialiter untersucht werden, ob ein solcher übereinstimmender Wille, dem das Gesetz den Vorrang lasse, wirklich vorliege.

Allein es ist hiegegen an ein früher [3]) aufgestelltes Resultat zu erinnern: es steht doch hinsichtlich des kontradiktorischen Verfahrens außer allem Zweifel, daß das Gericht seine Unzuständigkeit nicht ex officio den Parteien aufzudecken brauche. Also läßt es der Gesetzgeber — abgesehen von dem Fall des § 465, Abs. 2 — ohne Intervention des Gerichtes zu dem kompetenzbegründenden Akt des § 39 kommen [4]). Dies würde er gewiß — wie es frühere Prozeßordnungen gethan — nach Möglichkeit verhindern, wenn er wirklich jenes große Interesse an der Aufrechterhaltung derjenigen Kompetenzordnung hätte, die durch die Parteivereinbarung und die gesetzlichen Zuständigkeitsgründe dargestellt wird. Nun tritt aber eine Zuständigkeitsprüfung nicht schon in dem Moment ein, wo sie doch allein der Aufrechterhaltung der vom Gesetzgeber selbst getroffenen oder doch zugelassenen (§ 38) Geschäftsverteilung dienen würde. Findet also eine Zuständigkeitsprüfung im Versäumnisfall überhaupt statt, so kann dieselbe, do sie auch im kontradiktorischen Verfahren unter keinem andern Gesichtspunkt erfolgt, nur den Sinn haben, daß das Gericht unmittelbar vor der Sachentscheidung seine Berechtigung hiezu feststelle. Das ist aber eine Prüfung nur um des Rechtssatzes willen, daß nur ein zuständiges Gericht urteilen dürfe; und daß diese Prüfung nicht auf materielle Wahrheit gehen könne, wurde schon oben dargelegt. — Damit fällt aber das wichtigste Argument für die Behandlung der Zuständigkeitsfrage als eines Offizialpunktes hinweg, nämlich die Behaup-

---

1) Ztschr. VII. S. 483. 2) Ztschr. VI. S. 357 f. 3) S. 209.
4) oder mindestens zu einem das Gericht wie ein Zuständigkeitsgrund zur Erledigung des Prozesses verpflichtenden Thatbestand — wenn man in § 39 keine Zuständigkeitsnorm erblicken müßte.

Digitized by Google

tung, es liege ein überwiegendes staatliches Interesse vor an der Aufrechterhaltung der gewöhnlichen Kompetenzordnung.

2) Birkmeyer[1]) hat Fitting gegenüber betont, daß die Vereinbarungsbefugnis sehr wohl verträglich sei mit dem öffentlichen Interesse an der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung. Allerdings ist dies richtig. Es ist ein Irrtum, wenn namentlich Fitting[2]) mit der Verzichtbarkeit dieser Prozeßvoraussetzung argumentiert. Auch der Ausdruck der Motive „die Parteien können auf die Einrede der Unzuständigkeit verzichten“[3]) ist nach meinen obigen Ausführungen[4]) inkorrekt. Denn wenn die eine Partei in prorogierbarem Prozesse auf die Unzuständigkeitseinrede wirklich verzichten sollte, so prorogiert sie eben. Allein wenn deshalb, weil es allerdings keinen Verzicht auf die Geltendmachung der Unzuständigkeit gibt, sondern nur eine sich darin vollziehende Herstellung der Prozeßvoraussetzung, Seuffert[5]) behauptet, die Zuständigkeitsfrage sei immer von Amtswegen zu prüfen und wenn er sie unter die absoluten Prozeßvoraussetzungen stellt, — so geht er damit zu weit. Er übersieht dabei, daß zwischen den verzichtbaren und absolutnormierten Prozeßvoraussetzungen nach geltendem Recht die dispositivnormierte Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit inmitten liegt. Schon darum wird es der rechtlichen Natur dieser Prozeßvoraussetzung am besten entsprechen, sie einerseits nicht wie eine verzichtbare zu behandeln, d. h. ihre Prüfung auch ohne Antrag zu fordern, andrerseits sie nicht wie eine absolute zu behandeln, d. h. die Vorlage des relevanten Thatsachenmaterials den Parteien zu überlassen — entsprechend jener schon oben[6]) hervorgehobenen Mittelstellung unter den Prozeßvoraussetzungen.

3) Ferner scheint mir folgendes Argument gegen die Ansicht von Birkmeyer zu sprechen. Punkte, die der Gesetzgeber immer nach der rechtlichen und thatsächlichen Seite geprüft wissen will, wird er doch meistens ausdrücklich als solche bezeichnen. In der That finden wir fast alle Punkte, die „von Amtswegen“, d. h. nach beiden Richtungen hin zu prüfen sind, im Gesetze ausdrücklich unter Gebrauch der schon genannten Redewendungen als Offizialpunkte bezeichnet. — Man vergleiche in dieser Beziehung die §§ 54, 84, 306, 497, 529, 537, 552[7]). Alle die hier zu prüfenden Voraus-

---

1) A. a. O. 2) So insbesondere Ztschr. VI. S. 306 f. 3) cf. Hahn, Materialien II. 1. S. 265. 4) Insbesondere S. 48 ff. 5) Kommentar, N. 11 zu § 247, S. 302. 6) Insb. S. 52. 7) cf. die Aufzählung

Digitized by Google

setzungen sind nach ihrer rechtlichen, wie thatsächlichen Seite der Disposition der Parteien entzogen. Dieses Letztere trifft nun bei der Zuständigkeit innerhalb der Schranken des § 40 insofern wenigstens nicht zu, als hier die Parteien die Prozeßvoraussetzung durch ihren bloßen Willen herstellen können. — Sieht man nun gleichwohl in der prorogierbaren Zuständigkeit einen Offizialpunkt, so wäre dieser der einzige, welcher, obwohl der Parteiendisposition in einem gewissen Sinn anheimgestellt, und obwohl als Offizialpunkt im Gesetze nirgends genannt, dennoch zu den übrigen, ausdrücklich im Gesetz als solchen bezeichneten Offizialpunkten gerechnet werden müßte. — Hiegegen kann auch nicht eingewendet werden, daß die Zuständigkeit in den nicht prorogierbaren Fällen ebenfalls nirgends ausdrücklich als Offizialpunkt bezeichnet werde, während dies doch von ihr nach ziemlich allgemeiner Überzeugung feststeht. Allein hinsichtlich der Zuständigkeit in den nichtprorogierbaren Sachen hat der Gesetzgeber seinen Willen, daß sie als Offizialpunkt behandelt werde, wenigstens dadurch ausgedrückt, daß die „unverzichtbare" Unzuständigkeitseinrede stets geltend gemacht werden kann[1]). — Aus diesen Erwägungen scheint mir doch mit großer Wahrscheinlichkeit hervorzugehen, daß die Zuständigkeit des Gerichtes, soweit sie durch Vereinbarung begründet werden kann, nicht im Sinne der Offizialmaxime zu prüfen ist.

4) Endlich aber kann ich gegen die Ansicht von Birkmeyer ein Argument geltend machen, welches an Beweiskraft allen übrigen vorgeht und bis jetzt meines Wissens noch nicht geltend gemacht wurde. Das Gesetz selbst erklärt ausdrücklich die Zuständigkeit nur in den Fällen, in denen Prorogation ausgeschlossen ist (§ 40, Abs. 2), für einen von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkt. Nun findet sich diese Gesetzesstelle allerdings nur in einem Nebengesetz, aber in einem mit der Civilprozeßordnung sachlich zusammenhängenden, nämlich in dem Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878 § 26, Abs. 2[2]). —

---

bei den verschiedenen Kommentaren zu § 261, so bei Seuffert, Bem. 8, S. 325; darüber auch Birkmeyer, Ztschr. VII. S. 393 f. 1) arg. § 247, Abs. 3. Gleiches gilt offenbar von der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, die ebenfalls der Parteidisposition entzogen ist, ohne irgendwo als Offizialpunkt bezeichnet zu sein. Seuffert, Komm. a. a. O. (Nr. 11, S. 302), Hellmann, Lehrb. S. 432, ad 2. 2) „Fünf Zehnteile der Gebühr ..... werden erhoben, wenn der Akt ausschließlich betrifft ..... 2) Die Unzu-

Digitized by Google

Es heißt dort deutlich genug, daß die Zuständigkeit, soweit sie durch Parteivereinbarung begründet werden kann, nicht ex officio zu prüfen ist. — Die Beweiskraft dieser Gesetzesstelle, die direkt gegen die Ansicht von Birkmeyer spricht, könnte nur zerstört werden durch den Nachweis, daß dieser Ausspruch des Gesetzgebers lediglich für den Kostenpunkt maßgebend sei, nicht aber als (gelegentlich geäußerter) Wille des Gesetzgebers hinsichtlich einer prozeßrechtlichen Frage in Betracht komme. Denn auch dies wäre an sich möglich, wie aus einem naheliegenden Beispiel hervorgeht. Wenn nämlich das Gerichtskostengesetz sagt, daß diese oder jene Verhandlung als kontradiktorische gelten solle (§ 19 aod.), so kann uns dies, wie gerade Birkmeyer überzeugend nachgewiesen hat, nicht binden bei der Begriffsbestimmung der „mündlichen, kontradiktorischen Verhandlung". Denn diese Norm des Nebengesetzes trägt sich deutlich vor als Fiktion gegenüber einem sich lediglich aus dem Inhalt des Hauptgesetzes ergebenden Begriff. — Aber nur wenn es sich bei § 26, 2 um eine ähnliche Fiktion handeln würde, könnte man auch von ihm sagen, daß er für die prozeßrechtliche Frage irrelevant sei. Allein es ist geradezu unmöglich, hier eine Fiktion anzunehmen. Wer dies thun wollte, würde damit zu folgendem Resultat gelangen: „Derselbe Gesetzgeber, welcher die Zuständigkeitsfrage immer für einen Offizialpunkt betrachtet, sie immer in gleicher Weise von Amtswegen prüfen läßt, nimmt doch hinsichtlich des Kostenpunktes nur für gewisse Fälle an, daß das Gericht ex officio seine Zuständigkeit zu prüfen habe." Dürfen wir dem Gesetzgeber eine solche Inkonsequenz zutrauen? Doch gewiß nicht. Also handelt es sich hier um keine Fiktion, sondern nur um eine gelegentlich geäußerte Absicht des Gesetzgebers hinsichtlich einer wichtigen prozeßrechtlichen Frage. In § 26 cit., der überdies lauter Punkte als Offizialpunkte bezeichnet, bei denen es unbestritten ist, normiert das Gesetz ausdrücklich, daß es nur in den durch § 40 von der Prorogation ausgeschlossenen Fällen die Zuständigkeit als Offizialpunkt behandelt wissen wolle. Wäre die Beantwortung der Frage nach der Civilprozeßordnung zweifelhaft, — was ich durch die Ausführungen

---

ständigkeit des Gerichtes, die Unzulässigkeit des Rechtsweges, den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters oder der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung, sofern sie von Amtswegen berücksichtigt sind . . . (Civilprozeßordnung § 40, § 54.)"

Digitized by Google

sub 1)–3) zu widerlegen suchte, so könnte doch diese Bestimmung des Gerichtskostengesetzes geradezu als authentische Interpretation eines zweifelhaften Punktes der Civilprozeßordnung gegen die Ansicht von B. benützt werden.

Verwandt mit der Theorie von Birkmeyer ist die Ansicht, welche Seuffert in seinem Kommentar über die Civilprozeßordnung aufgestellt hat[1]). — Seuffert stimmt nämlich mit B. darin überein, daß das Gericht seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen habe[2]); durch welches Argument insbesondere dieser Schriftsteller die fragliche Behandlung als notwendig nachzuweisen sucht, wurde schon hervorgehoben[3]), auch die wahre Bedeutung jenes Argumentes dargelegt. — Aber S. weicht darin in eigentümlicher Weise von B. ab, daß er gleichwohl die Versäumnisfolge des § 296, die poena confessi, für anwendbar erklärt auf die thatsächlichen Behauptungen, welche in Betreff der Kompetenz des angegangenen Gerichtes dem Beklagten rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt wurden. Daraus folge: einerseits unterlägen diese Thatsachen dem Präjudiz des § 296, gälten demnach als unbestritten, andrerseits unterlägen sie der freien richterlichen Beweiswürdigung. — Diese freie Beweiswürdigung werde zu verschiedenen Resultaten führen; bald werde der Richter den Umstand, daß die Thatsachen gar nicht bestritten seien, gehörig würdigen und die betreffenden Thatsachen geradezu als erwiesen annehmen, bald werde er weitern Beweis fordern, und insbesondere bei offenkundig falschen, aber für die Kompetenz schlüssigen Behauptungen trotz dem fingierten Geständnis die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichtes abweisen. Aber zweifellos stehe dem Gericht darüber immer die Kognition zu, ob sich aus den vorgebrachten Kompetenzbehauptungen die Zuständigkeit des Gerichtes ergebe.

Es handelt sich nicht mehr darum, die These von S., es sei die Zuständigkeit ein Offizialpunkt, eingehend zu widerlegen. Nur das ist noch zu fragen, ob es zulässig erscheint, einerseits die Zuständigkeit als ex officio nach der rechtlichen wie thatsächlichen Seite zu prüfende Prozeßvoraussetzung zu erklären, andrerseits auf die darauf bezüglichen Behauptungen die Geständnisfolge anzuwenden. Und

---

1) S. 377, Bem. 2 zu § 296. 2) Er bemerkt selbst: der vorgetragenen Ansicht am nächsten stehe Birkmeyer, Ztschr. VII. S. 407 ff.; praktisch laufe die Ansicht B.'s auf dasselbe hinaus. 3) sub 2), S. 214.

Digitized by Google

dies wird denn allgemein [1]) verworfen, insbesondere von Birkmeyer [2]). Wir folgen insbesondere den Ausführungen des Letztern bei Widerlegung der Theorie von Seuffert.

Es liegt der Ansicht Seufferts der Gedanke zu Grunde, daß im Offizialverfahren das Geständnis nicht durchaus ausgeschlossen sei, daß es nur hier, wo kein Disponieren der Partei über den betreffenden Thatbestand und seine Ermittlung zulässig sei, seine sonstige in § 261 normierte Kraft verliere.

Allein man kann wohl beim wirklichen Gedändnis unterscheiden seine Existenz an sich und seine Wirksamkeit nach § 261, aber nicht ebenso beim fingierten; denn ein solches ist überhaupt nichts für sich existierendes, sondern nur die Bezeichnung für die Wirkung, welche das Gesetz an die Unterlassung der Erklärung über die gegnerischen Thatsachenbehauptungen anknüpft [3]). — Darum liegt in der Ansicht von Seuffert auch eine auffallende Inkonsequenz. Wenn er annimmt, das Gericht müsse seine Zuständigkeit in einem Offizialverfahren feststellen und müsse, wenn auf Grund dieser Prüfung ihm die Zuständigkeit zu mangeln scheine, die Klage abweisen, so rechnet er doch wohl die Zuständigkeit des Gerichtes zu den „von Amtswegen" zu berücksichtigenden Umständen des § 300, Ziff. 1. [4]) Daß aber die Zuständigkeit in den prorogierbaren Fällen nicht zu den dort gemeinten Punkten zu rechnen sei, wenigstens nicht im Sinn der Reichsjustizkommission, ergibt sich daraus, daß ein die Einsetzung des Kompetenzpunktes verlangendes Amendement abgelehnt wurde. Nun folgt aber doch Seuffert der Ansicht der Reichsjustizkommission, daß die Zuständigkeitsthatsachen in das fingierte Geständnis mit einzubeziehen seien, und diese beiden Annahmen schließen einander völlig aus [5]). Hat sich der Richter über einen bestimmten Punkt offizialiter zu vergewissern, so darf seine Wahrheitserforschung nach keiner Richtung hin gebunden sein. Ein Geständnis über die von klägerischer Seite vorgebrachten Thatsachen kann ihm vielleicht Überzeugung verschaffen, keinenfalls seine Überzeugung binden; noch viel weniger kann von einer Geständnisfiktion

---

1) Hellmann, Lehrbuch, S. 635; Fitting, Ztschr. VI. S. 319 ff.; Bolgiano, in der Ztschr. v. Grünhut XII. S. 599 ff. 2) Ztschr. VII. S. 406 ff. 3) So Birkmeyer, S. 408 eod. 4) Er verweist deshalb auf Bemerkung 6 zu § 267, S. 335. 5) Darum ist auch seine Auffassung im Grunde keineswegs die der Mehrheit der Reichsjustizkommission, cf. Fitting, Ztschr. VI. S. 320.

Digitized by Google

die Rede sein [1]). Wenn wirklich die Zuständigkeit durch eine Offizialprüfung festgestellt werden müßte, so könnte von einer Fiktion, von einer poena confessi keine Rede sein; denn wo diese anwendbar ist, liegt das sicherste Zeichen vor, daß die Parteien über den in Streit befangenen Anspruch disponieren können [2]). — Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Theorie von Seuffert unhaltbar ist.

Daß endlich die Durchführung der Offizialprüfung manche Schwierigkeiten bereiten würde, hat mit Recht Fitting [3]) gegenüber Seuffert hervorgehoben. In erhöhtem Maße gilt dies selbstverständlich von dem viel konsequenteren Verfahren, welches Birkmeyer postuliert. So tritt auch ein praktischer, freilich nur de lege ferenda maßgebender Gesichtspunkt hinzu zu den positiven Argumenten, welche wir gegen die Offizialprüfungstheorie begründet fanden.

§ 6. Verteidigung der herrschenden Lehre [4]).

Durch die bisherigen Ausführungen sind wir der Lösung der Frage näher gerückt bis zu der Alternative, im Versäumnisfall eine Prüfung der Zuständigkeit im gewöhnlichen Sinn zu verlangen oder gänzliche Nichtberücksichtigung der Inkompetenz, weil sie nicht vom Beklagten selbst gerügt werde. Zunächst aber ergibt sich Folgendes:

Nur wo ein Offizialinteresse an der Erforschung eines materiellrechtlichen oder prozeßrechtlichen Verhältnisses vorliegt, zessiert das gewöhnliche Beweisverteilungssystem, zessieren mit ihm Präsumtionen, Fiktionen und das Geständnis als eine die Überzeugung des Richters bindende Disposition. Weil aber die Zuständigkeitsprüfung nicht auf Grund der Offizialmaxime erfolgen darf, so muß, wenn dieser Punkt überhaupt erörtert wird, eben jenes Beweisverteilungssystem zwischen Kläger und Beklagten Platz greifen. — Mit die-

---

1) Hellmann, Lehrbuch, S. 635 „Eine Geständnisfiktion, die den Richter nicht bindet, ist keine Geständnisfiktion." 2) Dieser Satz ergibt sich aus seiner Umkehrung: wo keine poena confessi, da keine freie Disposition der Parteien. — Beispiel § 578. Hiezu bemerkt Seuffert selbst (Komm. S. 680) „Das ist eine Konsequenz der Beschränkungen, welche der Dispositionsbefugnis der Parteien in Ehesachen zu Gunsten der Offizialthätigkeit erleidet."

3) Ztschr. VI. S. 320. 4) So kann wohl eine Ansicht bezeichnet werden, für welche sich sämmtliche Kommentatoren mit Ausnahme von Seuffert, ferner das Reichsgericht, v. Amsberg, Renaud, Just, Weismann und Planck erklärt haben.

Digitized by Google

sem Beweisverteilungssystem hängt vor allem auch der Satz zusammen, daß dem Gestehen das Nichtbestreiten, das Schweigen gleichgestellt ist. Dieses Resultat der bisherigen Nachweisungen ist in unserer Kunstsprache dahin auszudrücken: daß wenn im Versäumnisfall eine Prüfung der Zuständigkeit notwendig ist, dieselbe auf Grund der poena confessi erfolgt [1]).

Wenn nun meine Ansicht dahin geht, es müsse im Versäumnisfall Zuständigkeitsprüfung auf Grund der in der Klageschrift rechtzeitig mitgeteilten, im Termin vorgetragenen, unter der poena confessi stehenden Kompetenzbehauptungen des Klägers erfolgen, so ist zur völligen Rechtfertigung dieser Ansicht der bisherige Nachweis gleichsam Hälfte Wegs zum vorgesetzten Ziel. Indessen bedarf die Zulässigkeit der Anwendung der poena confessi auf sämmtliche Kompetenzbehauptungen noch der Verteidigung gegen zwei Angriffe.

1) Kohler [2]) gibt nur hinsichtlich eines Teiles der Kompetenzbehauptungen zu, daß sie unter der Geständnisfiction stehen. Er scheidet nämlich folgendermaßen: diejenigen Kompetenzbehauptungen, welche zugleich materielle Behauptungen sind, d. h. zum materiellen Klagevortrag gehören, stehen unter der Fiktion des Geständnisses. Behauptungen dagegen, welche keine Bedeutung haben für die materielle Beurteilung des Anspruches, sondern nur prozessuale Bedeutung für die Feststellung der Kompetenz, seien dem Richter zu beweisen. Hieher gehöre die Schätzung in der Klageschrift, wofern dieselbe nicht zum Klagepetitum gehöre, hieher insbesondere die Behauptung eines vorausgegangenen Kompetenzvertrages.

Gewiß ist Kohler beizupflichten, daß nicht sämmtliche Kompetenzbehauptungen die gleiche juristische Natur haben. Die einen sind zugleich materiellrechtliche, den Anspruch betreffende Behauptungen, die andern sind es nicht. So ist die Behauptung eines Prorogationsvertrages nur Teil der Begründung des Rechtsschutzanspruches, nicht Teil der Begründung des civilrechtlichen Anspruches. Nur

---

1) Die Zulässigkeit, freilich nicht die Notwendigkeit dieses Verfahrens gibt Fitting zu. Nachdem er in längerer Ausführung (Ztschr. VI. S. 309 ff.) bewiesen, daß die Argumente gegen das von der herrschenden Meinung verlangte Verfahren nicht stichhaltig seien, kommt er zu dem Schluß, daß wenn überhaupt Prüfung der Zuständigkeit eintreten müsse, die Vorschrift des § 296 auch auf die vom Kläger angeführten Kompetenzthatsachen Anwendung finden müsse. S. 313 eod. 2) Krit. Vierteljahrschr. Bd. 22, S. 391—398. Über Kohlers Ansicht insbesondere Wach, Beitr. 24, S. 712, N. 17; Fitting, Ztschr. VI. S. 317 f.

Digitized by Google

führt, meine ich, diese Erwägung zu einem andern Resultat als zu dem von Kohler vertretenen. Bei der Frage nämlich, ob die poena confessi auf alle Kompetenzbehauptungen Anwendung findet, muß der Umstand, daß dies hinsichtlich gewisser Kompetenzbehauptungen von vornherein feststeht, dieselbe Anwendung auf die übrigen nur um so wahrscheinlicher machen [1]). Wenn der Kläger als Entschädigung für einen zerstörten Gegenstand 1000 Mark fordert, so ist das freilich, wie Kohler bemerkt, maßgebend für die Kompetenz, wenn auch der Gegenstand keine 10 Mark sollte wert gewesen sein [2]). Warum also hier die weitere Kompetenzprüfung hinwegfalle, ist klar. Warum sie aber bei der Behauptung eines Prorogationsvertrages nicht hinwegfalle, darüber bleibt Kohler die Antwort schuldig. „Weil sie ein bloß die prozessuale Kompetenz berührendes Faktum sei." — Was damit gemeint ist, ist nicht recht ersichtlich. Jedenfalls läßt sich Folgendes einwenden. Wenn die Kompetenz geprüft werden muß, so kann das nur geschehen unter der poena confessi oder unter der Offizialmaxime. Aber letztere, für deren Notwendigkeit Kohler keinerlei weiteres Argument beigebracht hat, ist ausgeschlossen. Und kein anderer Grund läßt sich denken, warum der Richter im Versäumnisfall für die vorgetragenen Kompetenzbehauptungen Beweis fordern soll, als den, daß das öffentliche Interesse an der Erforschung der materiellen Wahrheit beteiligt sei. Ein solches öffentliches Interesse liegt aber nach meinen Nachweisungen im vorigen Paragraphen hier nicht vor. Also kann es sich nur um eine Prüfung in dem Sinn handeln, der im Civilprozeß die Regel bildet, in welchem auch die materiellrechtlichen Behauptungen geprüft werden, d. h. nach dem Gesichtspunkt blos der Schlüssigkeit für die darauf anzuwendenden Rechtssätze. — Damit ist wohl die Ansicht von Kohler widerlegt.

2) Wichtiger ist der Einwand, daß die Erstreckung der poena confessi auf den Versäumnisfall „ein Hysteronproteron, einen viziösen Zirkel, eine logische Ungeheuerlichkeit" bedeute.

Diesen Vorwurf hat Wach [3]) erhoben, Kohler [4]) nicht widerlegt, Fitting nach sehr zutreffender Darlegung zurückgezogen [5]).

---

1) Ähnlich Fitting, a. a. O. S. 318. 2) cf. l. 19 § 1 D. 2, 1.

3) Arch. 62, S. 393; Beitr. 24, S. 711. 4) Krit. Vierteljahresschr. 22, S. 365; Gaupp nimmt in seinem Kommentar allerdings einen logischen Fehler an, hält dies aber nicht für entscheidend. 5) Arch. 63, S. 237; dagegen Ztschr. VI. S. 310.

Digitized by Google

Wir müssen gleichwohl auf Wachs Ausführungen über diesen Punkt des Nähern eingehen.

Die Versäumnisfolge des § 296 sei Realisierung der Dingpflicht und Erklärungspflicht. Sie könne nur gegen den defensionspflichtigen Beklagten, d. h. gegen den vor einem zuständigen Gericht belangten Prozeßgegner Platz greifen. Auf den nicht dingpflichtigen Beklagten sei § 296 unanwendbar. Also dürfe man nicht die Zuständigkeit aus § 296, d. h. aus der daselbst statuierten poena confessi feststellen; denn damit werde die Folge der Zuständigkeit (Fiktion des Geständnisses) zur Quelle der Zuständigkeit gemacht, d. h. zum Grund, aus dem Kompetenz angenommen werde.

Nimmt man eine Defensionspflicht an als „öffentlich-rechtliche Pflicht in den Prozeß auf die behauptete, den prozessualen Voraussetzungen entsprechende Klage einzutreten", so liegt es allerdings am nächsten, entweder Offizialprüfung der Zuständigkeit oder gänzliche Nichtberücksichtigung der Inkompetenz im Versäumnisfall zu postulieren [1]). Denn — möchte man annehmen — entweder besteht die Defensionspflicht gegenüber jedem, also auch dem unzuständigen Gericht, falls dieses nur nicht abgelehnt wird, oder nur gegenüber dem zuständigen Gericht; in welch' letzterem Fall officialiter untersucht werden müßte, ob die Zuständigkeit und damit die Defensionspflicht begründet ist.

Indessen wäre selbst durch den Nachweis einer Defensionspflicht, wie sie Wach in beiden Abhandlungen annimmt, noch nicht der circulus vitiosus in der Behandlungsweise der herrschenden Meinung nachgewiesen. Sollte es unlogisch sein, daß die Frage, ob jene Defensionspflicht bestehe, unter Anwendung der poena confessi, also auf dieselbe Weise untersucht werde, wie die Begründung des Anspruches selbst? [2]) Überdies steht und fällt die ganze Schlußfolgerung Wachs und damit der Vorwurf eines Hysteronproteron mit der Defensionspflicht [3]). Insofern erheischt denn auch dieser Einwand gegen die herrschende Meinung ein Hinausgreifen über die Grenzen unserer Untersuchung.

Auszugehen ist meines Erachtens in dieser vielerörterten Frage zunächst davon, daß die Pflicht des Beklagten doch nur auf Gewährung, Leistung von dem sich beziehen kann, was zugleich Ziel des

---

1) Hierüber zu vergl. die Ausführungen v. Amsbergs, Arch. 65, S. 105. 2) cf. Fitting, Ztschr. VI. S. 311; Bierhaus, Ztschr. V. S. 73. 3) So auch Hellmann, Lehrbuch S. 634; ähnlich Petersen, Ztschr. III.

Digitized by Google

klägerisches Rechtsschutzanspruches ist. Daß letzterer gerichtet ist auf Feststellung von Privatrechten durch Urteil, auf Durchführung der festgestellten Rechte durch Vollstreckung, wird wohl von Niemanden bezweifelt [1]). Wenn aber der Kläger zunächst ein Recht auf ein Urteil hat, so fragt es sich weiter, ob damit nicht auch ein Recht des Klägers auf Einlassung des Beklagten und die diesem Recht korrespondierende Pflicht des Letztern gegeben ist. Dies ist dann anzunehmen, wenn kein Urteil möglich ist ohne Einlassung. Ist dagegen Sachentscheidung auch möglich ohne Einlassung, so ist die Defensionspflicht = Einlassungspflicht zu verneinen. Demnach stehen wir vor der Frage, ob Prozeß und Urteil möglich sei ohne litiscontestatio, ohne zweiseitige Prozeßbegründung. Vom empirischen Standpunkt aus ist diese Frage von vornherein zu bejahen. Daß es zur Prozeßbegründung und Sachentscheidung kommen kann ohne alle Mitwirkung des Beklagten, lehrt jedes der zahllosen Versäumnisurteile. Gleichwohl wäre es möglich, daß die Streiteinlassung dem Gesetzgeber erforderlich scheint, daß hiefür gerade die in § 296 (bzw. § 298) statuierte Fiktion der Einlassung ein Beweis ist. Diese Fiktion wäre dann „der der Natur der Einlassungspflicht als einer Handlungspflicht angemessene Zwang“ [2]) und die Auffassung des Gesetzgebers ginge dann dahin, daß zur Prozeßbegründung, zum Urteil allerdings wirkliche Streiteinlassung erforderlich sei, daß aber derselben die Fiktion der Einlassung die dem Säumigen auferlegt werde, durch das Gesetz gleichgestellt sei [3]). Und in diesem Fall bestünde auch eine Einlassungspflicht und ein Einlassungszwang.

Diese Auffassung wäre zulässig, wenn sie sich als die einzig mögliche über die in § 296 statuierte Fiktion der Streiteinlassung nachweisen ließe. Allein ihr gegenüber drängt sich sofort die Vermutung auf, daß hier die Form der Fiktion nur Ausdrnck dafür sei, daß nach der Auffassung des Gesetzgebers beide Vorgänge einander gleichstehen, daß der eine so gut wie der andere zur Prozeßbegründung führt [4]). Als das Zutreffende muß letzteres vollends dann erscheinen, wenn sich triftige Gründe auffinden lassen, warum der Gesetzgeber den Rechtssatz, es werde der Prozeß entschieden mit oder

1) Zu vergl. jetzt insb. Wach, Handbuch d. deutschen Civilprozeßrechts I. § 2, S. 19 f.; Stein, der Urkunden- u. Wechselprozeß S. 45 ff.

2) So Birkmeyer, Arch. 66, S. 25. 3) Diese Ansicht vertritt außer Wach insb. Birkmeyer, a. a. O.; zu vergl. S. 61 „Wer mit uns ohne litiscontestatio des Beklagten Urteil und Prozeß sich nicht denken kann“. . .

4) So insbesondere Bülow, Arch. 62, S. 14 ff.

Digitized by Google

ohne Mitwirkung des Beklagten, gerade mittels der Fiktion einer Streiteinlassung aussprach.

Diese Gründe sind vorzugsweise der Zweck der Veranschaulichung, den jedes Gesetzbuch anzustreben hat, und der der Anknüpfung an historische Traditionen. Das Gesetzbuch hat immer vom normalen Verfahren auszugehen, die anschaulichste Form zu gebrauchen, den Zusammenhang mit der historischen Entwicklung zu wahren. Die letztere zeigt im ältern Recht die Streiteinlassung Kriegsbefestigung als obligatorischen Prozeßbegründungsakt [1]). Ebenso erscheint als das gewöhnliche, normale Verfahren das der beiderseitigen Beteiligung am Prozeß, an der Stofffammlung für das künftige Urteil. Aber nur weil ein derartiges Verfahren des Beklagten das Gewöhnliche, Zunächstliegende ist, wird, wo es nicht vorliegt, die Fiktion desselben statuiert, nicht deshalb, weil es das Wesentliche ist. Resultat ist, daß, lediglich im Rahmen unseres Gesetzbuches betrachtet, Streiteinlassung und Versäumnis an und für sich gleichstehen für die Prozeßbegründung [2]).

Allein da wir als Versäumnisfolge auch statuiert sehen die Fiktion des Zugeständnisses der den Anspruch begründenden Thatsachen, so entsteht die Frage, ob wir nicht deshalb eine Pflicht zur Antwort annehmen müssen, weil das Nichtantworten vom Gesetzgeber in einem dem Beklagten ungünstigen Sinn aufgefaßt wird. Indessen auch unter diesem Gesichtspunkt muß die Defensionspflicht verneint werden.

Gewiß betont Planck [3]) mit Recht gegenüber Bülow, daß eine Rechtspflicht oft durch eine ex lege eintretende Fiktion zwangsweise erfüllt werden kann. Wenn z. B. der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet ist und nach § 779, Abs. 1 die Erklärung als gegeben gilt, sobald das Urteil auf Abgebung der Erklärung die Rechtskraft erlangt hat, so wird hier allerdings durch die Fiktion, daß der Schuldner eine Erklärung bestimmten Inhalts

---

1) Zu vergl. in dieser Beziehung hinsichtlich des röm. Rechtes Bethmann-Hollweg, Civilpr. II. S. 555; über dieses und das kanonische Recht Wetzell, System S. 618, N. 51; für das germanische aus Planck „d. d. Gerichtsverf. im Mittelalter" dessen Lehrbuch I. S. 283; über die Prozeßgesetze des ältern deutschen Reichs Bolgiano, Arch. 68, S. 86 ff.; und im Allgemeinen Bülow, Arch. 62, S. 11 ff. 2) cf. Planck, Lehrb. I. S. 285, N. 13. — Den Gedanken des Gesetzes gibt m. E. zutreffend Weismann, Hauptinterv. S. 127 „daß die Verwirklichung des jeder Partei zustehenden Rechtes auf Urteil unabhängig sein soll vom Willen des Gegners, realisierbar auch ohne den Willen desselben." 3) A. a. O.

Digitized by Google

abgegeben habe die Erfüllung der Rechtspflicht die Erklärung abzugeben, realisiert. Allein bei der Fiktion des § 296 liegt die Sache doch anders [1]). Hier wird die Fiktion einer bejahenden Erklärung auf die Klagebegründung auferlegt und daß gerade diese abzugeben, Rechtspflicht des Beklagten war, wird man doch gewiß nicht behaupten können. Man könnte also aus der Fiktion des Geständnisses in § 296 nur die Pflicht der Erklärung, nicht die Pflicht einer Erklärung in bestimmtem Sinn ableiten. Überdies erklärt sich auch diese Fiktion viel einfacher. Wie durch die Fiktion der Streiteinlassung die Versäumnis in Bezug auf die Prozeßbegründung als gleichstehend erklärt wird mit der wirklichen Streiteinlassung, so ist durch die zweite Fiktion die Gleichstellung ausgesprochen hinsichtlich der Urteilsbildung. Ein Urteil ist nicht denkbar ohne bestimmten Inhalt [2]). Den Inhalt bietet die Stoffvorlage der Parteien. Auf die Bildung der Urteilsgrundlagen Einfluß auszuüben, ist demnach Parteiinteresse, Parteirecht. Diejenige Partei übt es nicht, welche hinsichtlich der einseitigen Stoffvorlage des Gegners nicht Prüfung, Beweis fordert [3]). Wir nennen dieses Nichtbeweisfordern, Nichtbestreiten Geständnis, wenn es ausdrücklich erklärt wird; aber es kann auch thatsächlich vorliegen, wie es vorliegt beim gänzlichen Schweigen oder Ausbleiben. Beide Vorgänge, Geständnis und Ausbleiben stehen also an und für sich gleich: wiederum nur aus Gründen der Veranschaulichung erklärt der Gesetzgeber das Geständnis als das eigentlich Entscheidende, dem das Andere nur gleichgestellt werde. Und noch viel weniger liegt darin die Statuierung einer Straffolge, wenn durch die zweite Fiktion des § 296 das in der Versäumnis sich vollziehende, nicht notwendiger Weise auf Verzichtswillen beruhende Nichtbestreiten dem unter Verzichtswillen erfolgenden, ausdrücklich erklärten Nichtbestreiten, dem Geständnis gleichgestellt wird.

Die bisherigen Ausführungen ergaben, daß aus der in § 296 statuierten Versäumnisfolge nicht auf eine Einlassungs- oder Erklärungspflicht geschlossen werden kann. Es ist also auch nicht anzunehmen, daß mit der Erstreckung der poena confessi auf die Kompetenzbehauptungen das Vorhandensein jener Pflicht aus den Folgen ihrer Verletzung (Geständnisfiktion) festgestellt werde. Darum braucht auch die Sachlage im Versäumnisfall keineswegs so konstruiert zu werden, als ob der Richter auf Grund der Versäumnis

1) Zu vergl. Weismann, Hauptinterv. S. 127. 2) So Weismann, a. a. O. S. 125 f., N. 4. 3) cf. Planck, a. a. O. S. 286.

Digitized by Google

unter Wahrnahme der Kompetenzbehauptungen seine Zuständigkeit prüfte und dann die Versäumnisfolge hinsichtlich der merita causae in einem zweiten Versäumnisurteil ausspreche. — Allerdings ist die Zuständigkeit des Gerichtes eine Voraussetzung des Versäumnisurteils, weil sonst der Richter, der sich auf Grund der klägerischen Behauptungen für unzuständig erklärt, nicht das Versäumnisurteil verweigern müßte; aber ob Kompetenz bestehe, wird nach demselben Grundsatz geprüft, wie der klägerische Anspruch selbst, d. h. nach dem Grundsatz, daß die Herstellung der Urteilsgrundlagen auch durch einseitiges Vorbringen einer Partei erfolgen könne.

§ 7. Schluß.

Es ist bisher nachgewiesen, daß die Kompetenzprüfung, wenn überhaupt notwendig, auf Grund der im Versäumnisfall als zugestanden angenommenen Kompetenzbehauptungen erfolgt; daß die poena confessi auf alle Kompetenzbehauptungen anzuwenden ist und daß diese Anwendung nicht den logischen Fehler eines circulus vitiosus involviere. Es bleibt nachzuweisen, daß eine Kompetenzprüfung in dieser Weise auch notwendig ist, und daß das Versäumnisurteil versagt werden muß, wenn sich auf Grund der Prüfung die Unzuständigkeit des Gerichtes ergibt.

Wichtigster Beweispunkt für die communis opinio ist der, daß die Prüfung der Zuständigkeit von Gerichtswegen sich schon als Konsequenz des Begriffes „Zuständigkeit" ergibt. Es wurde schon oben darauf hingewiesen, daß die Zuständigkeit als die Berechtigung eines Gerichtes an und für sich eine Prozeßvoraussetzung ist, deren Vorhandensein nicht bloß auf Antrag zu prüfen ist. Den Rechtssatz aber, daß nur ein zuständiges Gericht zur Sachentscheidung berufen ist, haben wir solange als einen Satz des geltenden Prozeßrechts zu erachten, bis er sich durch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift als aufgehoben nachweisen läßt. Auch wird dieser Rechtssatz[1]) weniger bezweifelt. Wenn wir uns in der Litteratur des Reichscivilprozeßrechtes umsehen, und die so weit auseinandergehenden Ansichten der Schriftsteller über die Behandlung gerade dieser Frage zusammenstellen, — so finden wir nur

---

1) Für diesen Rechtssatz ist vor allem das Reichsgericht in seiner Entscheidung I. S. 438 ff. eingetreten, freilich ohne nähere Begründung und ohne Widerlegung der Gegenargumente; cf. Bierhaus Ztschr. V. S. 72. —

Digitized by Google

ganz wenige, die sich für die Nichtberücksichtigung der Inkompetenz im Versäumnisfall deshalb entscheiden, weil die Zuständigkeitsordnung im geltenden Recht lediglich ein Ablehnungsrecht bedeute, welches den Richter nur dann hindere, wenn es geltendgemacht werde. Die meisten Schriftsteller nehmen Nichtberücksichtigung deshalb an, weil das Gericht ohnehin zuständig werde[1]). Allein mit dieser Lehre haben wir nicht mehr zu rechten. Daß die Zuständigkeitsnorm des § 39 nicht auf den Versäumnisfall anzuwenden ist, glaube ich durch die Nachweisungen im vorigen Teil meiner Abhandlung überzeugend dargelegt zu haben. Nach diesem Resultat müssen alle diejenigen, welche von dem Satz ausgehen, daß der Richter seine Zuständigkeit zu untersuchen habe, diese Prüfung auch im Versäumnisfall annehmen. Demnach haben wir es nur mehr mit der Ansicht zu thun, daß die Nichtberücksichtigung der Inkompetenz eintrete, weil die Inkompetenz nur ein Ablehnungsrecht gegenüber dem Richter bedeute. Zuzugeben ist, daß dies als der einzige Inhalt der Zuständigkeit immerhin denkbar wäre. Aber entschieden ist andrerseits zu betonen, daß diese verringerte Bedeutung der Zuständigkeitsordnung nicht anzunehmen ist, bis ein positiver Beweis dafür geliefert ist. Also handelt es sich um die einzelnen positiven Argumente jener entgegengesetzten Ansicht, welche vorzugsweise von Fitting, Bolgiano[3]) und Löning[3]) vertreten wird.

1) Ein wichtiges Argument dieser Ansicht ist einmal folgendes. Man müsse doch annehmen, daß der Kläger ausreichende Kompetenzthatsachen in der Klageschrift anführen müsse[4]), wenn auf diese Begründung der Kompetenz, wie auf alle rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilten, im Termin vorgetragenen Behauptungen einerseits das fingierte Geständnis erstreckt werden soll, andrerseits auf Grund derselben das Gericht seine Kompetenz zu prüfen habe. Nun

---

1) So insbes. Wach, Beitr. 24, S. 705: „Daß der Richter nur als zuständiger urteilen darf, . . . daß er daher auch sich seiner Zuständigkeit vor dem Urteil von Amtswegen zu vergewissern hat, das Alles ist selbstverständlich." 2) In Grünhuts Ztschr. 12, S. 594 ff. 3) Gerade dieser Schriftsteller trennt besonders scharf und klar von der Frage nach der prorogatio fori die Frage, ob die Zuständigkeit zu prüfen sei, entscheidet sich aber wegen der „Verzichtbarkeit" für die Nichtberücksichtigung. Ztschr. IV. S. 178, N. 228. 4) Wie dies auch wirklich gefordert wird; zu vergl. v. Amsberg, Arch. 65, S. 82; Hellmann, Lehrb. S. 632.

Digitized by Google

sei aber der Kläger durch keine Vorschrift der Prozeßordnung gebunden, außer der Bezeichnung des Gerichtes eine Begründung seiner örtlichen[1]) Kompetenz in der Klageschrift aufzustellen. Daraus folge, daß solche Behauptungen unwesentlich seien für die Klageschrift und daß das Gericht in prorogierbaren Fällen immer die Inkompetenz zu ignorieren habe, wenn nicht ein Antrag des Beklagten auf Berücksichtigung derselben vorliege. — Dieses Argument findet sich bei Wach[2]), Bolgiano[3]), insbesondere auch bei Fitting[4]), wenn er lehrt: „Aus der bloß instruktionellen Vorschrift des § 230, Abs. 3 geht unwiderleglich hervor, daß der Gesetzgeber die Angabe der kompetenzbegründenden Thatsachen mit vollem Bewußtsein und voller Absicht von den wesentlichen Bestandteilen der Klageschrift ausgeschlossen habe." —

Dies ist ein theoretisch allerdings wohlbegründeter Einwand. Richtig ist, daß die Kompetenzbegründung nicht zu den wesentlichen Bestandteilen der Klageschrift gehört; daß demnach die materiellrechtlichen und prozeßrechtlichen Wirkungen der Klageerhebung eintreten, ob nun die Klageschrift jene Behauptungen enthält, oder nicht. Allein sie muß eine Kompetenzbegründung enthalten, insofern sie zugleich vorbereitender Schriftsatz ist. Und ganz einfach gestaltet sich dieser Punkt in praxi. Darauf hat insbesondere Just[5]) aufmerksam gemacht. In sehr vielen Fällen ist Anspruchsbegründung zugleich Kompetenzbegründung; Mangel der Angabe, ob Domizil oder bloßer Aufenthaltsort schadet nicht bei allen vermögensrechtlichen Klagen wegen der Gerichtsstandsvorschrift des § 21. Und was endlich die Fälle anlangt, in denen die Kompetenzbegründung mit der Anspruchsbegründung in keinerlei Zusammenhang steht, also insbesondere im Falle eines Prorogationsvertrages, so ist wohl anzunehmen, daß der Kläger in einem solchen Fall die Kompetenz des Gerichtes, die auf einem besondern oder auch mehr ausnahmsartigen Grund beruht, in der Klageschrift erkläre.

2) Man hat der herrschenden Meinung vorgeworfen, daß sie den praktischen Bedürfnissen des Rechtslebens nicht entspreche; einerseits, daß sie den Beklagten jeder frechen Lüge des Klägers

1) Anders hinsichtlich der sachlichen Kompetenz, — arg. § 230, Abs. 2.
2) Beitr. 24, S. 719. 3) l. c. S. 610, Nr. 2. 4) Ztschr. VI. S. 333.
5) Arch. 68, S. 313.

Digitized by Google

preisgebe, preisgebe der Gefahr unwahrer Kompetenzbehauptungen; andererseits, daß sie für den Kläger eine Verzögerung des materiellen Rechtes in sich schließe, wenn dieser ein kompetentes Gericht angehe, es aber an der Kompetenzbegründung fehlen lasse und ihm infolgedessen das Versäumnisurteil verweigert werde. [1]) — Hierauf kann Folgendes erwiedert werden. Wer mit Fitting den Hauptakzent legt auf rasche Erledigung des Prozesses, beziehungsweise Befriedigung des Klägers durch ein Urteil, wird allerdings die Ansicht bevorzugen, welche die Inkompetenz nur auf beklagtischen Antrag berücksichtigt wissen will. Aber dem Interesse beider Parteien wird diese Behandlungsweise doch nur in den Fällen entsprechen, wo es dem Beklagten überhaupt nicht darum zu thun ist, den in materieller Beziehung wohlbegründeten und wohlbeweisbaren Anspruch zu bestreiten, und er deshalb — gleichgiltig, ob von einem zuständigen oder unzuständigen Gericht — sich will kontumazieren lassen. — Man mag zugeben, daß es in diesen Fällen zwecklos ist, die Unzuständigkeit des Gerichtes zu einer Verzögerung des materiellen Rechtes zu mißbrauchen. Allein ob der Beklagte gerade deshalb ausblieb, oder mit Rücksicht auf das „judici incompetenti impune non paretur", — wie soll das der unzuständige Richter wissen? Überdies besteht für die gedachten Fälle, insoweit sie bestimmtgeartete Ansprüche (C.P.O. § 628, Abs. 1) betreffen, ein besonderes Verfahren, das Mahnverfahren.[2]) Für die übrigen, also für die Mehrzahl der Rechtsstreitigkeiten wird doch unsere Behandlungsweise die empfehlenswerteste sein, weil sie den Interessen beider Parteien dient. — Denn sie schützt einerseits den Beklagten gegenüber dem Kläger vor der Gefahr, „daß ein beliebiges Individuum in irgend einem Winkel des deutschen Landes, welchen man erst auf der Karte suchen muß, vor Gericht ladet, und ein Versäumnisurteil erlangt, während man im Vollgefühl der Inkompetenz ausblieb." [3]) Andrerseits fordert man vom Beklagten zu Gunsten des Klägers, daß er auf schlüssige Kompetenzbehauptungen hin sich vernehmen lasse bei Vermei-

1) Über den praktischen Gesichtspunkt haben sich geäußert Wach, Arch. 62, S. 397. Beitr. 24, S. 709; Fitting, Arch. 63, S. 234; Ztschr. VI. S. 321 ff.; Kohler, krit. Vjschr. 22, S. 397; Just 68, S 312. — 2) „Um einfache, weil unbestrittene Verhältnisse einfach zu regeln", wie die Motive sagen; cf. Petersen, Kommentar II. S. 528. Daß aber gerade auch bezüglich dieses Verfahrens es dem Gesetze keineswegs gleichgiltig ist, welches Gericht hiebei thätig ist, ergibt die Zuständigkeitsnorm des § 629, Abs. 2. 3) Vgl. Kohler in der kritischen Vierteljrschr. 22, S. 397.

Digitized by Google

dung der Wahrnehmung. Ja, durch unsere Behandlungsweise wird in einem gewissen Maß sogar ein öffentliches Interesse geschützt, indem der Kläger weiß, er dürfe sich nicht an ein offenbar unzuständiges Gericht wenden. Dagegen hat man freilich eingewendet, daß der Kläger durch erlogene Kompetenzbehauptungen sich ein Versäumnisurteil erschleichen kann, daß der Beklagte schutzlos gelassen werde, sobald nur der Kläger schlüssige Kompetenzbehauptungen erdichte. Allein diese Gefahr trifft ebenso gut zu, „wenn es sich um die Sache selbst handelt. Auch hat man diese Gefahr, die allerdings besteht, doch viel drohender dargestellt, als sie je in der Praxis sein wird. — Einmal ist daran zu erinnern, daß Kompetenzbehauptungen, deren Unwahrheit bei dem Gericht offenkundig ist, das Gericht ebenso wohl, wie offenbar falsche Klagethatsachen zurückweist, da bezüglich derselben nicht die Fiktion des Zugeständnisses eintritt. — Mit Recht hat ferner Kohler[1]) darauf hingewiesen, daß im Allgemeinen weder im Parteiprozeß, — hier wegen mangelnder Rechtskunde des großen Publikums — noch im Anwaltsprozeß von den Anwälten eine derartige Spekulation auf ein Versäumnisurteil zu befürchten ist. Endlich drängt sich doch die Frage auf, wie denn bei einem solchen Unterfangen des Klägers der Beklagte durch die in der Klageschrift aufgestellten Kompetenzbehauptungen nicht aufmerksam gemacht werde auf seines Gegners Absichten? — Damit ist nun zu vergleichen die Behandlungsweise der entgegengesetzten Ansicht, wonach es dem Kläger gestattet ist „in der Klageschrift über den Kompetenzpunkt stillschweigend hinwegzugleiten und so seinen weniger scharfsichtigen Widersacher zu übertölpeln". [2]) — In der That bildet die Behandlungsweise der communis opinio in praktischer Hinsicht den goldenen Mittelweg zwischen der dem Kläger wenigstens in manchen Fällen die Rechtsverfolgung erschwerenden Offizialprüfung und der Behandlung als bloßer Prozeßdilatorie, welche des Beklagten Interessen schädigen würde. —

Bei einer Rechtsfrage ist freilich die praktische Seite nicht entscheidend. Entweder hat der Kläger ein Recht dar-

---

1) A. a O. 2) Just, Arch. 68, S. 313. — Wen sollte nicht die von einem vielleicht ganz unbekannten Kläger aufgestellte, in der Klageschrift zu lesende Behauptung „Gerichtsstand durch Vereinbarung begründet" stutzig machen? Fitting scheint dies zu verneinen. Daher sein Resultat S. 323 l. c.; zu vergl. S. 314. — Über die bisherige Praxis, ebenda, S. 260, N. 16.

Digitized by Google

auf, daß gegen den säumigen Beklagten trotz Inkompetenz des Gerichtes ein Versäumnisurteil erlassen werde, also ein Recht, selbst vor dem unzuständigen Gericht die Klage anzustellen, und, wenn die „unbequeme Gerichtsstelle" nicht abgelehnt wird, auch einseitig durchzuführen; oder es ist der Beklagte zu erscheinen verpflichtet nur vor einem **zuständigen** Gericht, d. h. vor einem solchen, welches sich auf Grund der klägerischen Kompetenzbehauptungen so lange für zuständig halten muß, bis die Behauptungen bestritten, unter Umständen widerlegt sind. Demnach muß das eine oder andere der in der Civilprozeßordnung implicite ausgesprochene Rechtssatz sein. Und da haben wir denn, da das sub 1) besprochene Argument keineswegs mit Sicherheit die Absicht des Gesetzgebers anzeigt, dem Kläger auch vom unzuständigen Gericht ein Versäumnisurteil zu gewähren, das Letztere als das dem Begriff der Zuständigkeit zunächst Entsprechende solange für den Willen des Gesetzes zu halten, bis nachgewiesen wird, daß die Unzuständigkeit lediglich als Prozeßeinrede, als Ablehnungsrecht aufzufassen ist, und darum auch den Richter nicht hindere, in der Sache zu prozedieren.

3) Diese These wird nun freilich mit direkten Gesetzesworten belegt. Hieher gehört das von Löning, Fitting[1]), insbesondere aber von Bolgiano[2]) geltendgemachte Argument, die Unzuständigkeitseinrede sei eine verzichtbare, müsse daher im Versäumnisfall gleich den übrigen verzichtbaren präkludiert, oder doch nicht berücksichtigt werden. Vorzugsweise Bolgiano hat dieses Argument vertreten und es in folgender Weise formuliert: die „Unzuständigkeitseinrede" sei von der Kompetenzbemängelung im Allgemeinen gebraucht, ob nun diese in der Form der Negation, einer wahren Einrede oder einer rechtlichen Gegendeduktion sich bewege; demnach müsse, wenn die Unzuständigkeitseinrede im Versäumnisfall präkludiert werde, dies auch von der rechtlichen Gegendeduktion gelten, d. h. das Gericht müsse die Inkompetenz unberücksichtigt lassen, wenn auch dieselbe klar aus dem Vorbringen des Klägers hervorgehe.

Gegen diese Deduktion läßt sich meines Erachtens Folgendes einwenden. Allerdings schließt die Unzuständigkeitseinrede des § 247 die Kompetenzbemängelung überhaupt, also auch

---

1) Ztschr. VI. S. 335 u. N. 119. 2) l. c. S. 604, insb. S. 607, a)

Digitized by Google

in der Form der rechtlichen Gegenausführung in sich [1]). Sicher ist darum, daß auch diese bei nicht gleichzeitigem und nicht rechtzeitigem Vorbringen präkludiert wird. Allein ob die Unzuständigkeit **auch im Versäumnisfall** bloß als eine zu präkludierende Einrede in Betracht kommt, darum handelt es sich eben. Und wie soll das Gericht sich für zuständig erklären, während es weiß, daß es in Wirklichkeit unzuständig ist? — Der Satz von Bolgiano „Unzuständigkeitseinrede ist dem Gesetz auch die rechtliche Gegendeduktion in Bezug auf die Kompetenz" ist zuzugeben. Aber nicht ist zu akzeptieren der Folgesatz: „Also ist auch sie zu präkludieren." Denn da fehlt als Zwischensatz der Nachweis, daß die Unzuständigkeit dem Gesetzgeber bloß als Ablehnungsrecht gilt, bloß als Prozeßexzeption, demnach den Richter nicht hindere, sich mit der Sache zu befassen. — Aber dieser Nachweis ist nicht geliefert. Und daß für letzteren Satz das Prädikat der Verzichtbarkeit, welches die Prozeßordnung der Kompetenzbemängelung gibt, nicht entscheidend sein kann, wurde schon oben dargelegt. — Mit den wirklich verzichtbaren Prozeßeinreden hat die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes die Präklusionsvorschrift gemeinsam; daß ihr auch mit jenen die Nichtberücksichtigung im Falle der contumacia gemeinsam sei, wäre erst zu erweisen. Jedenfalls dürfen wir, wie schon mehrmals betont wurde, diese Behandlungsweise solange ablehnen, bis sie aus dem Gesetze nachgewiesen wird. Sie würde nur dann die richtige sein, wenn in der Unzuständigkeit ein bloßes Ablehnungsrecht des Beklagten, nicht auch ein Verbot an den Richter läge. Ersteres als einzige Bedeutung der Zuständigkeitsordnung anzunehmen, wären wir erst dann berechtigt, wenn die Civilprozeßordnung auch andere als zuständige Gerichte zur Sachentscheidung ermächtigte. Allein das hat sie nirgends gethan. Die Civilprozeßordnung hat vielmehr das Rechtsgeschäft über die Nichtbenützung des Ablehnungsrechtes gegenüber dem unzuständigen Gericht zum Kompetenzgrund erhoben, also den Richter nicht wegen Verzichtes auf ein Parteirecht, sondern wegen des darin liegenden Kompetenzthatbestan-

---

1) So auch v. Amsberg, Arch, 65, S. 99. „Die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit umfaßt die Gesammtheit der Verteidigungsformen gegen die Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit u. s. w." 2) S. 48 ff., insb. S. 52.

Digitized by Google

des zum Verfahren und zur Sachentscheidung ermächtigt. Und wiederum durch eine besondere Zuständigkeitsnorm hat die Civilprozeßordnung auch dasjenige Gericht zur Prozedur ermächtigt, welches nach dem definitiven Verlust der Unzuständigkeitseinrede nicht mehr abgelehnt werden kann, — Alles Zeichen dafür, daß unser Prozeßrecht nur ein zuständiges Gericht zur Sachentscheidung ermächtigt. Aus dem Gesagten ergibt sich unmittelbar, daß das Gericht auch ohne Antrag prüfen muß, ob es zuständig ist oder nicht [1]).

Endlich müssen wir uns noch mit einem Argument von Fitting [2]) auseinandersetzen. Die Unzuständigkeitseinrede werde jedenfalls im kontradiktorischen Verfahren niemals vom Gericht selbst zu Gunsten des Beklagten erhoben; hieraus ergebe sich mit Rücksicht auf jenen Parallelismus, der zwischen Versäumnisverfahren und kontradiktorischem Verfahren herrschen müsse, als logisch notwendige Folge, daß das Gericht die Unzuständigkeitseinrede, auch beim Ausbleiben des Beklagten nicht für ihn geltend machen dürfe. — Freilich ist, wie schon oben [3]) geschehen, zuzugeben, daß im kontradiktorischen Verfahren die Unzuständigkeitseinrede zu erheben, Sache lediglich des Beklagten ist, und daß das Gericht seinerseits die Kompetenzprüfung unterlassen kann. Allein warum ist hier das Gericht dieser Prüfung überhoben? Nur deshalb, weil sich ohnehin der Kompetenzpunkt sehr einfach dadurch erledigt, daß es zu dem prozessualen Zuständigkeitsgrund des § 39 kommt. Aber derselbe kann sich nach den obigen Ausführungen dann nicht ergeben, wenn der Beklagte ausbleibt. Der Rechtssatz, daß nur ein zuständiges Gericht zur Sachentscheidung berufen ist, verlangt also Zuständigkeitsprüfung im Versäumnisfall, verlangt sie nicht im zweiseitigen Verfahren, oder vielmehr in jedem Prozeß, bei dem der Beklagte sich aktiv beteiligt. Wohl aber läßt sich der damit gegen die com-

1) Zu vergleichen hieher Petersen, Ztschr. II. S. 191. „Die Art und Weise, wie die § 38 u. § 39 abgefaßt sind, ergibt mit voller Klarheit den schon aus allgemeinen Prozeßgrundsätzen abzuleitenden Grundsatz, daß nur ein zuständiges Gericht zur Entscheidung befugt ist. Wäre der Gesetzgeber von der Auffassung ausgegangen, daß sich das Gericht in der Regel nur dann für unzuständig erklären soll, wenn die Unzuständigkeit ausdrücklich von den Parteien geltend gemacht worden ist, so wäre die Fassung des § 38 offenbar anders ausgefallen." — 2) Ztschr. VI. S. 335. 3) S. insb. S. 209.

Digitized by Google

munis opinio erhobene Einwand: „daß der Beklagte nach der herrschenden Theorie im Versäumnisfall besser gestellt sei als im kontradiktorischen, weil im ersteren, nicht auch im letzteren das Gericht die Unzuständigkeitseinrede, insoweit dieselbe rechtliche Gegendeduktion, selbst suppliere" — mit einem ähnlichen Argument gegen die entgegengesetzte Ansicht erwidern. Wenn im Versäumnisfall Nichtberücksichtigung der Inkompetenz als einer bloßen Prozeßeinrede eintreten müßte, so müßte sie immer eintreten, weil es sich jedesmal nur um eine derartige Prozeßeinrede handelte; sie müßte also auch in den Fällen Platz greifen, in denen bei zweiseitigem Verfahren vom Gesetz eine Belehrung der Partei über die Unzuständigkeit vorgesehen ist (§ 465, Abs. 2). Erscheint der Beklagte vor dem sachlich unzuständigen Amtsgericht, so muß ihn dieses vor der Verhandlung zur Hauptsache auf die Unzuständigkeit des Gerichtes, auf den rechtzeitigen Gebrauch seines Ablehnungsrechtes aufmerksam machen. Erscheint er dagegen nicht, so würde nicht nur die Rechtsbelehrung unterbleiben, sondern auch die damit verbundene Supplierung der Unzuständigkeitseinrede. Ist eine solche wegen der Versäumnis eintretende Schlechterstellung des Beklagten als Wille des Gesetzes anzunehmen? Das wird wohl Niemand bejahen. Dann liegt aber mindestens ein Fall vor, in welchem die gegnerische Ansicht entweder inkonsequent verfahren muß, oder mit dem, was doch ziemlich sicher als Wille des Gesetzes sich annehmen läßt, in offenen Widerspruch gerät.

Ist nun der Nachweis für die hier vertretene Ansicht erbracht, soweit er sich eben aus den Bestimmungen der Civilprozeßordnung erbringen läßt, so darf ich meine Ausführungen über die Zuständigkeitsprüfung schließen mit dem Hinweis auf den erreichten Endzweck derselben.

Digitized by Google

Nachtrag.

Zu den Ausführungen von Kohler in seiner Abhandlung: „Klagbehauptung Kompetenz, forum contractus" — Arch. f. d. civil. Pr. Bd. 70, S. 212 — S. 248, welche mir erst nach dem Druck meiner Schrift bekannt wurde, erlaube ich mir nachtragsweise Folgendes zu bemerken.

Soweit dieselben hier interessieren, bilden diese Ausführungen im Wesentlichen eine eingehende Begründung der von Kohler in der krit. Vierteljahresschrift, Bd. 22 vorgetragenen Ansichten. — Mit Recht wendet sich der Verfasser gegen jene Ansicht, welche Nichtberücksichtigung der Inkompetenz im Versäumnisfall verlangt; überzeugend weist er nach, daß eine derartige Handhabung der Kompetenzordnung als wahrhaft unbillige Verletzung beklagtischer Rechte und Interessen unmöglich vom Gesetz gewollt sein könne, daß sie insbesondere angesichts C.P.O. § 661 Ziff. 3 u. 4 als sehr bedenklich erscheinen müsse, und daß umgekehrt die Gefahr, welche man gegnerischerseits auch mit der Kompetenzprüfung wegen häufiger „Erfüllungsortstäuschungen" verbunden glaubte, in Wirklichkeit eine sehr geringe sei. — — Die Norm des § 39, die dort statuierte „Quasiprorogation" beschränkt Kohler mit Recht auf den dort genannten Thatbestand. „Denn nicht jedes Stillschweigen, sondern nur ein Stillschweigen in Verbindung mit materieller Einlassung bewirkt diese Folge", — so S. 215 und ähnlich S. 220 oben (cf. seine Bemerkung in der krit. Vjschr. Bd. 22, S. 394. oben S. 146). Ebenso zutreffend ist meines Erachtens seine Bemerkung S. 220 f., daß durch den Inhalt und die Fassung der §§ 38 und 39 deutlich, wenn auch stillschweigend der Wille des Gesetzes angedeutet sei, daß nur ein zuständiger Richter in der Sache urteilen soll (cf. oben S. 232 f., N. 1 zu S. 233). „Die Parteien können nicht auf die Einrede der Inkompetenz verzichten, sie können nur das Gericht durch Prorogation oder Quasiprorogation zuständig machen, so daß dann sofort die Einrede unbegründet ist" (So S. 221).

Digitized by Google

Aber aus der Thatsache, daß die Civilprozeßordnung die Vorgänge der §§ 38 und 39 als Herstellung der Prozeßvoraussetzung, nicht als Verlust (Verzicht, bzw. Präklusion) einer Prozeßrüge auffaßt, folgert Kohler nicht nur, wie wir (oben S. 232 f.) den Satz, daß die Zuständigkeit im Versäumnisfall vom Gericht geprüft werden müsse, sondern auch, daß die Unzuständigkeit dem Gesetz überhaupt nicht als Prozeßexzeption gelte. Dies dürfte insofern unrichtig sein, als im zweiseitigen Verfahren es in der That eine Unzuständigkeitseinrede mit dem Charakter einer Prozeßexzeption gibt: denn hier ist es regelmäßig (cf. oben S. 207 — S. 209) Sache des Beklagten, die Unzuständigkeit geltend zu machen und der prozessualen Prorogation des § 39 vorzubeugen. Daß aber diese unsere Ansicht keine Konsequenz hinsichtlich des Versäumnisfalles nach sich zieht, daß sie uns noch keineswegs der gegnerischen insbesondere von Fitting vertretenen Ansicht in die Arme treibt, dürfte bereits oben (S. 209) nachgewiesen sein.

Wie die Zuständigkeit im Versäumnisfall zu prüfen sei, hierüber vertritt Kohler nach wie vor eine von der unsrigen uud herrschenden abweichende Ansicht. „Die Kompetenz nach Maßgabe des Klagbegehrens und die Kompetenz, welche sich nicht aus dem Klagbegehren ergibt, sondern aus einer andern vom Klagbegehren unabhängigen Thatsache abgeleitet wird, — Beides sind zwei prinzipiell verschiedene Dinge. Für erstere genügt die Thatsache des Klagebegehrens als solche, — mag das Begehren begründet sein oder nicht; für die letztere bedarf es neben der Klagerhebung noch des faktischen Vorhandenseins der betreffenden Kompetenzthatsachen und dieses wirkliche Vorhandensein muß auch im Falle der Kontumaz bewiesen werden; jedoch gilt im ganz besondern Maß das Prinzip der freien Beweiswürdigung; von einer Anwendung des § 296 auf die Kompetenzthatsachen kann keine Rede sein." So S. 248 und ähnlich S. 243.

Wir müssen nach diesen Ausführungen allerdings zugeben, daß sich von der Behandlung derjenigen Kompetenzbehauptungen, die zugleich Klagebehauptungen sind, durchaus kein Schluß ziehen lasse auf die Behandlung der Behauptung des Wohnsitzes oder eines Prorogationsvertrages (anders noch oben S. 222 und N. 1 eod.) [1]).

1) Auch unser obiges (S. 220 f.) Referat über die Kohler'sche Ansicht ist nicht ganz zutreffend. Zugleich den materiellen Anspruch berührende Kompetenzbehauptungen stehen im Versäumnisfall nicht als solche, sondern als materielle Behauptungen unter der Geständnisfiktion.

Digitized by Google

Trotz dieser Konzession halten wir an unserer Behandlungsweise fest und verlangen Wahrnahme aller klägerischen Kompetenzbehauptungen im Versäumnisfall. Zur Auseinandersetzung mit Kohler diene Folgendes!

Ist man darüber einig, daß im Versäumnisverfahren Zuständigkeitsprüfung einzutreten habe, so ist für die weitere Frage, wie sie anzustellen sei, präjudiziell die Frage, warum sie einzutreten habe. Und letztere Frage kann man beantworten entweder mit dem Hinweis auf ein Offizialinteresse an der Aufrechterhaltung der Kompetenzordnung oder mit dem Hinweis auf den Rechtssatz, daß nur ein zuständiger Richter in der Sache urteilen dürfe. Daß ein Offizialinteresse an der Aufrechterhaltung der Zuständigkeitsordnung vorliege, glaube ich oben (S. 210 — S. 219) widerlegt zu haben; dies wird aber auch von Kohler durchaus nicht behauptet; er deduziert vielmehr die Notwendigkeit der Kompetenzprüfung aus einem Recht des Beklagten, aus einem Parteirecht. Diese Auffassung deckt sich wohl mit der hier vertetenen: daß der Zuständigkeitsordnung des geltenden Rechtes der Satz inne wohne, daß nur ein zuständiger Richter in der Sache urteilen darf, daß der Kläger kein Recht hat von dem unzuständigen Gericht ein Versäumnisurteil zu verlangen. Diese Anschauung zu Grunde gelegt, erscheint die Zuständigkeit nicht als ein Offizialpunkt im Sinne des C.P.O. § 300, Ziff. 1), sondern ist notwendig zur Rechtfertigung des Klagantrages. Demnach müssen diesbezügliche Behauptungen im Versäumnisfall unter der poena confessi stehen. — Die Anwendbarkeit der Geständnisfiktion auf die klägerischen Kompetenzbehauptungen dürfte auch daraus hervorgehen, daß ihnen gegenüber doch auch ein gerichtliches Geständnis des Beklagten mit der in C.P.O. § 261 normierten Wirkung rechtsgiltig ist. Oder sollte dies Kohler in Abrede stellen, der in der Kompetenzordnung im Wesentlichen ein beklagtisches, wenn auch vom Richter aufrecht zu erhaltendes Parteirecht erblickt?

Der unerwiesene Satz, die Unzuständigkeitseinrede erscheine nie als Prozeßexzeption, ist auch die Basis der Kohler'schen Auffassung über das vielbestrittene Verhältnis der §§ 39 u. 247, Abs. 3. „Ob verschuldet, oder unverschuldet unterlassen, der Inkompetenzeinwand kann nach der Einlassung nicht mit Erfolg nachgebracht werden. Er kann es nicht mit Erfolg, weil das Gericht durch die Einlassung kompetent geworden ist, nicht weil der Einwand versäumt, sondern weil er unzutreffend geworden ist." So S. 221 und dazu N. 11.

Demgegenüber ist im Anschluß an unsere obigen (S. 171) Aus-

Digitized by Google

führungen darauf hinzuweisen, daß, wenn die vorbehaltlose Sachverhandlung jedesmal Zuständigkeit begründen würde, dann freilich die Anwendung des § 247, Abs. 3 nicht mehr in Betracht kommen würde. Allein ob dieser Vorgang jedesmal Kompetenz begründe, ist eben kontrovers und der scheinbar absolute Wortlaut des § 39 ist hiefür noch nicht entscheidend. Hiefür entscheidend ist vielmehr (cf. oben S. 175), die Beantwortung jener allgemeineren Frage, ob der Gesetzgeber durch die Fiktion von einem bestimmten Vorgang nur die wichtigste Folge übertragen will oder ob dieser Vorgang (Rechtsgedanke) für die Übertragung der Rechtswirkung durchaus maßgebend sein soll. Wach[1]) hat neuerdings mit Recht betont, daß der Gesetzgeber auch hierüber einen uns bindenden Willen äußern könne. Das wurde auch oben nicht geleugnet. In Abrede wurde nur gestellt, daß dieser Wille, durch die Fiktion der Vereinbarung die Einlassung einer solchen durchaus gleichzustellen, sich von selbst verstehe und daß er aus § 39 ersichtlich ist. Erwägt man nämlich, daß die Aufnahme der der Präklusionsnorm entsprechenden Kompetenznorm unter die Zuständigkeitsvereinbarung ihren dogmengeschichtlichen Hintergrund hat (cf. oben S. 99), daß außerdem mehrere Gründe für diese Form der fraglichen Gesetzesbestimmung sprachen (cf. oben S. 178), so ist uns die Wahl dieser Form für den Gesetzesinhalt des § 39 genügend erklärt. Dann aber muß man jedes weitere Motiv, auch das, daß durch Aufstellung der fraglichen Bestimmung gerade an dieser Stelle und in dieser Form für alle praktisch wichtigen Fragen ein maßgebendes Prinzip aufgestellt werden sollte, als dem Gesetzgeber untergelegt erachten.

1) Beiträge zur Erl. d. d. Rechts, Bd. 30, S. 775, N. 14 — in Erwiderung auf Birkmeyer's Rezension seines Handbuches (cf. oben S 159, N. 1.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google